

감사인의 피감사회사에 대한 부실감사책임

이 준 섭

(인천대학교 법과대학 부교수)

【초 록】

지난 10여년간 전세계적으로 논란을 불러왔던 회계부정의 사태는 바야흐로 부실회계의 감사를 담당했던 외부감사인을 상대로 하는 소송사태로 이전되고 있는 양상이다. 우리나라의 경우에도 지금까지 회계부정을 저지른 회사의 회생 혹은 퇴출과정에 관계하는 예금보험공사나 채권은행 혹은 투자자 등 제3자에 의한 책임추궁이 주류를 이루어 왔으나, 최근에는 피감사회사가 부실감사를 이유로 감사인을 상대로 소송을 제기하는 새로운 변화가 나타나고 있다. 감사인의 피감사회사에 대한 책임문제는 단순한 법률구조에 비하여 매우 어려운 책임법리의 문제들이 발생한다. 또한 책임법리 구성문제 이외에도 또 다른 차원의 고민스러운 법정정책 문제들도 제기된다. 우선 책임법리와 관련하여 보면 회계부정을 저지른 직접당사자인 피감사회사가 감사인을 상대로 책임을 추궁하기 위해서는 계약위반을 이유로 하거나 불법행위책임을 원용하게 되는데, 두 경우 모두 감사인의 의무 또는 임무위반을 전제로 하게 된다. 그러나 여기에는 분명하게 인식하여야 하는 조건이 있다. 즉 의무 및 임무위반과 관련하여 감사인에게 회사에 의해 이루어진 분식회계나 회사내의 횡령 등 부정행위를 발견해야 할 의무가 주어졌다고 볼 수 있는가 하는 것이다. 만일 그러한 의무가 일반적으로 존재하지 않는다고 본다면 이를 전제로 하는 책임은 부정될 수밖에 없다. 다른 한편 법정정책 견지에서 보면 피감사회사 내부의 회계부정과 부정행위들이 감사인의 감사절차과정에서 발견되지 못했다는 이유로 책임의 제1차적 제공자인 회사자신의 책임을 모두 감사인에게 전가시킴으로써 도덕적 해이를 유발할 가능성도 있다. 그러한 경우 회사내부의 내부통제 및 관리시스템을 작동시킬 동기를 마비시켜 버릴 위험성이 있기 때문이다.

주제어 : 부실감사 / 피감사회사 / 감사인 / 회계법인 / 손해배상책임 / 감사기준 및 감사준칙

【차 례】

I. 서

II. 피감사회사에 대한 책임의 법적 근거

III. 청구권의 기초

1. 외감법 제17조 제1항의 법적 성질
2. 계약책임과 불법행위책임

IV. 대회사책임의 법리

1. 책임논의의 전제로서의 감사인의 역할
2. 객관적 책임요건: 의무 또는 임무 위반
3. 감사인의 부정행위 발견의무 여부
4. 책임의 주관적 요건: 주의의무위반
5. 공동과실의 문제
6. 인과관계있는 손해

V. 결 어

I. 서

종래 감사인이 수행했던 감사의 부실을 이유로 감사의뢰인이자 감사계약의 당사자인 피감사 회사가 당해 감사인을 상대로 책임추궁을 한 사례는 흔치 않았고, 감사계약의 당사자가 아닌 투자자나 채권자 등 제3자에 의한 소송이 주류를 이루어 왔다. 그동안에는 감사인과 피감사회사간 외부감사가 감사계약의 수주 차원에서 서로 원만한 관계의 필요성이 있었기 때문에 그만큼 분쟁의 여지도 적었다. 또한 만일 감사인이 부실감사로 인해 책임지게 되는 상황이라면 피감사회사의 이사나 감사 등 경영진도 함께 책임질 사유가 존재하는 것이 일반적이기 때문에 회사가 감사인을 상대로 책임추궁을 한다는 것은 생각하기 어려운 일이기도 하다. 그러나 감사시장내 경쟁이 치열해지고 회계투명성에 대한 사회적 요구에 따라 회사와 감사인간의 관계는 전혀 달라졌다. 특히 회사내 회계 및 업무감사를 책임지는 감사 및 감사위원회가 자신의 임무를 다하기 위해 혹은 자신들의 책임을 면책받기 위해서라도 부실한 외부감사를 이유로 외부감사인에 대해 책임추궁을 하게 만드는 것이다. 특히 최근 IMF사태 이후 도산한 회사의 경우 그 회생 혹은 퇴출과정에 관계하는 예금보험공사나 채권은행 등에 의한 책임추궁의 범주를 넘어서서 감사를 의뢰한 피감사회사가 직접 감사인을 상대로 소송을 제기하는 사례가 빈번해지고 있는 것이다. 지금까지는 제3자에 의한 책임소송이 주류를 이루었던 것과 비교하면 큰 변화이다.

한편 감사인의 대회사책임과 관련해서 책임법리 구성의 문제 이외에도 또 다른 차원의 법정 책임 고려를 제공하기도 한다. 즉 회사내의 회계부정과 부정행위들이 감사인의 감사절차과정에서 발견되지 못했다는 이유로 책임의 제1차적 제공자인 회사자신의 책임을 모두 감사인에게 전가시킴으로써 도덕적 해이를 유발할 가능성이 있기 때문이다. 즉 감사인의 책임을 쉽게 인정하게 되는 경우에는 제1차적으로 회계서류를 작성하는 회사측은 공정하고 타당한 회계서류의 작성원칙을 지킬 동기를 없애버릴 가능성도 있다. 왜냐하면 고의든 과실이든 왜곡된 회계서류를 작성하더라도 그것을 밝혀내지 못한 책임을 모두 감사인에게 물릴 수 있기 때문이다. 또한 회사내의 횡령 등 부정행위가 발생한 경우에도 그것을 밝혀내지 못한 책임을 쉽게 감사인의 책임으로 돌려버리는 경우 회사내부의 내부통제 및 관리시스템을 작동시킬 이유도 없고 또한 사용자의 관리부실 책임을 모두 감사인에게 전가함으로써 역시 도덕적 해이에 빠지게 할 가능성이 있다.

한편 감사인의 대회사책임을 묻는 사례가 흔치 않았기 때문에 기존의 제3자에 대한 책임에 비하여 비교적 책임구성 법리가 소홀히 다루어져 왔던 것이 사실이다. 따라서 여기서는 몇 가지 쟁점을 중심으로 분석하고 검토하고자 한다.

II. 피감사회사에 대한 책임의 법적 근거

현행법상 외부감사를 맡은 회계법인이 그 부실감사를 원인으로 하는 손해배상책임을 지게 되는 법률적 근거는 다양하다. 우선 증권거래법 제197조1)는 감사인의 책임에 관한 규정이기는 하지만, 감사계약의 당사자가 아닌 제3자인 투자자의 손해배상을 대상으로 하고 있으므로 여기서의 피감사회사를 위한 청구권의 법적 기초가 될 수 없다. 또한 증권거래법 제14조에 의한 유가증권신고서 및 사업설명서의 허위 기재 등으로 인한 배상책임에 관한 규정도 공인회계사나 회계법인의 책임과 관련한 규정이기는 하지만 그 적용대상이 발행공시서류의 부실공시와 관련되어야 하고, 청구권의 주체를 유가증권의 취득자로 하고 있다는 점에서 역시 제외된다. 결국 피감사회사가 감사를 담당하였던 회계법인을 상대로 하여 손해배상책임을 묻기 위해서는 그 법적 기초와 관련하여 민법상의 채무불이행책임(제390조) 혹은 불법행위책임(제750조), 또는 외부감사인의 일반적 책임을 규정하는 ‘주식회사의외부감사에관한

법률'(이하 외감법이라 함)상의 책임규정(동법 제17조 제1항)이 원용될 수 있다.

외감법 제17조 제1항은 “감사인이 그 임무를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다. 이 경우 감사반인 감사인의 경우에는 당해 회사에 대한 감사에 참여한 공인회계사가 연대하여 손해를 배상할 책임을 진다”고 규정하고 있고, 또한 동법 동조 제5항은 “...감사인 또는 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 게을리하지 아니하였음을 증명하는 경우에는 손해배상책임을 지지 아니한다”고 규정하고 있다. 이 책임규정은 외부감사인이 외부감사와 관련한 피감사회사에 대한 손해배상책임에 관하여 일반 민법상의 책임규정에 대한 특별규정의 성질을 지닌다.

결국 감사인과 피감사회사간의 책임문제는 외감법 제17조 제1항의 규정을 기초로 하게 된다. 왜냐하면 동법 제17조 제1항의 규정은 피감사회사가 채무불이행책임 혹은 불법행위책임을 물음에 있어 공통적으로 원용할 수 있는 특별법의 규정이기 때문이다. 그러한 점에서 이들간 손해배상책임에 있어 우선적인 법적 기초는 외감법의 동 규정인 것이다. 다만 외감법의 법적 기초를 근거로 하더라도 책임을 구성하는 법리는 특별법에서 명백하게 정하고 있는 바를 제외하고는 민법상의 일반적인 법리가 그대로 타당하다.

III. 청구권의 기초

1. 외감법 제17조 제1항의 법적 성질

피감사회사가 회계법인을 상대로 하는 책임추궁은 당사자간의 감사계약에서 정한 계약내용의 불이행을 이유로 하는 계약책임(채무불이행책임)을 원용하거나, 혹은 불법행위책임을 기초로 할 수 있다. 그런데 외감법 제17조 제1항의 규정은 성질상 계약적 책임과 불법행위책임의 양 청구권기초를 모두 포섭하는 규정형식을 취하고 있다. 왜냐하면 외감법상 ‘임무를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때’라는 구성요건은 계약적 책임과 불법행위책임 모두의 구성요건에 해당하기 때문이다. 따라서 원고(청구권자)는 만일 감사계약에서 그 계약의 내용으로 감사인에게 일정한 의무를 부과하고 이를 과실로써 위반하였을 경우에는 외감법 제17조 제1항을 근거로 채무불이행책임을 원용할 수도 있고, 다른 한편 감사인이 일반적으로 법률(민법 혹은 관련 특별법)상 요구되는 의무 혹은 주의의무를 과실로써 위반하였다고 판단되는 경우에는 역시 동 조항을 근거로 불법행위책임을 주장할 수도 있을 것이다. 결국 피감사회사에 대한 회계법인의 책임을 기초지우는 외감법 제17조 제1항의 규정은 판단대상이 되는 사안의 구체적인 상황과 여건에 따라 계약책임 혹은 불법행위책임 모두를 기초지울 수 있다. 따라서 책임을 추궁하는 피감사회사는 자신에게 유리한 방향에 따라 양자를 선택하거나 동시에 원용하게 될 것이다.²⁾

2. 계약책임과 불법행위책임

감사인의 의무위반이나 임무해태를 이유로 하는 손해배상소송에 있어서는 책임을 구성하는 법리는 계약책임과 불법행위책임 간에 별다른 차이가 존재하지 않는다. 왜냐하면 여차피 ‘과실로써 의무나 임무를 해태한 점’이 공히 책임의 구성요건으로 등장하기 때문이다.

물론 귀책사유(과실)에 대한 입증책임과 관련하여 채무불이행책임의 경우 피고인 회계법인이 귀책사유(과실)가 없었음을 증명하여야 하는 데 반해, 불법행위책임의 경우에는 원고(피감사회사)가 피고에게 귀책사유(과실)가 있었음을 입증하여야 하는 것이 민법상 원칙으로서

3) 일반적으로는 양자의 확연한 차이가 있는 것은 사실이다. 그러나 이 점에 있어서도 외감법 제17조 제5항이 외부감사인의 피감사회사에 대한 책임이든 또는 제3자에 대한 책임이든 피고인 ‘감사인 또는 감사에 참여한 공인회계사가 그 임무를 게을리하지 아니하였음을 증명하도록’ 함으로써 입법적으로 과실에 관한 입증책임을 전환하고 있다. 따라서 양 청구권의

기초는 입증책임과 관련하여서도 차이가 없어진 셈이다.

그렇다면 피감사회사는 어떠한 청구권의 기초를 원용하더라도 책임구성의 법리에 있어서는 실질적인 차이가 존재하지 않게 되며, 최근 소송으로 등장한 사안에 있어서는 ‘임무를 과실로써 게을리하였는지’ 여부가 책임구성에 있어서 핵심적인 쟁점이 된다.

(1) 계약책임을 묻는 경우

계약책임을 묻는 경우에는 우선 감사계약의 법적 성질이 민법상의 전형계약 중에서 어떤 유형에 해당하는지 규명될 필요가 있다. 감사계약이 민법상 전형계약 중 어느 계약의 유형에 해당하는지에 관하여 감사서비스라는 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약으로 보는 견해,4) 전형계약에 포함되지 아니하는 무명계약 또는 혼합계약이라는 견해, 법률행위 이외의 사무를 위임하는 것이므로 위임계약이 아니라 준위임계약이라는 견해, 그리고 사무처리를 위탁하는 일반적인 위임계약으로 보는 견해 등이 있다. 우리 민법은 일본민법과는 달리 법률행위를 위임하는 것과 법률행위 이외의 사무를 위임하는 것을 구별하지 않고 위임계약을 규정하고 있으므로 우리나라 학자들은 감사계약을 위임계약으로 보는 데에 일치되어 있는 것으로 보인다.5)

이와 같이 감사계약을 위임계약으로 본다면 감사의 위임은 위임인인 고객회사의 위탁에 의해 수임인인 감사인이 위임사무를 처리하는 것을 내용으로 하는 계약이다(민법 제680조). 따라서 수임인인 회계법인이 감사보수를 받는 경우에는 유상의 쌍무계약일 것이지만, 무보수로 처리하는 경우에는 무상의 편무계약이 될 것이다. 그러나 회사는 언제나 상인이고 감사인은 그것이 상인 또는 비상인 논의의 여부를 떠나서 감사계약을 체결하는 행위도 상행위가 될 것이므로 유상의 쌍무계약의 성질을 지닌다 할 것이다.

피감사회사에 대한 계약책임을 논함에 있어서도 불법행위책임에서와 마찬가지로 일정한 의무 또는 임무에 대한 위반을 전제로 한다. 물론 계약책임을 원용함에 있어 이를 민법상의 위임계약으로 보는 경우 수임인인 외부감사인은 위임받은 감사직무를 수행함에 있어 선량한 관리자의 주의의무로써 하여야 하고 이를 위반하여 위임인인 피감사회사에 손해를 발생시킨 경우 책임을 지게 된다. 그런데 전술한 바와 같이 외감법 제17조 제1항의 규정이 계약책임의 기초로서도 가능하기 때문에 결국 민법상의 추상적인 ‘선관주의의무’는 외감법 동 조문상의 ‘임무’와 같은 개념이거나 구체화된 것이라고 할 것이다. 물론 여기서의 ‘임무’는 추상적인 개념이지만 외감법 전체체계의 해석을 통하여 구체적인 의무와 임무가 도출될 수 있다. 다만 구체적으로 ‘임무’가 무엇인가에 관하여는 동법 동 조문상의 ‘임무’가 불법행위책임으로 대회사책임을 구성하는 데에 있어서도 그대로 타당하므로 별도의 장에서 다루기로 한다.

한편 계약책임을 묻기 위해서는 적어도 어떠한 의무와 임무가 계약내용으로 편입되어 있을 것이 요구된다. 공인회계사회가 작성한 표준적인 외부감사계약서에 따르면 일정한 혹은 별도로 정한 의무와 임무를 감사계약의 내용에 포함시키고 있지는 않다. 다만 감사인이 감사를 실시함에 있어 외감법 제5조에서 정한 회계감사기준과 동 기준 제34조의 규정에 의한 회계감사준칙6)에 의하여야 함을 정하고 있을 뿐이다.7) 따라서 감사계약상의 ‘감사기준에 따른 감사’는 당사자간 약정한 의무의 기준이라고 볼 수 있고 동 기준의 준거규범은 역시 공인회계사법과 외감법에서 정하고 있는 각종의 의무와 임무라고 할 수 있다. 뿐만 아니라 감사계약을 위임계약으로 보는 경우 민법의 일반원리에 따라 당연히 선관주의의무가 부과된다. 즉 피감사회사에 대한 책임감사계약을 위임계약으로 보는 경우 수임인인 감사인은 위임의 본함에 따라 선량한 관리자의 주의의무로써 위임사무를 처리하여야 한다(민법 제681

조). 이와 같이 위임사무를 처리함에 있어 민법의 원칙으로는 선량한 관리자의 주의의무가 위임사무의 성격, 수임인의 직업 및 전문성, 거래관행에 비추어 일반적으로 수임인에게 요구되는 정도의 주의의무라고 하고 있으나,⁸⁾ 실제에 있어서는 일반 위임계약관계로부터 수반되는 선관주의의무 이외에도 공인회계사법 또는 외감법에서 요구하는 주의의무의 기준에 따르게 된다. 말하자면 일반 평균인에 비하여 전문직업인에게 부여되는 고도의 주의의무를 요구하고 있는 것이다.

또한 민법상으로는 위임인의 청구가 있는 때에는 위임사무의 처리상황을 보고하고 위임이 종료된 때에는 지체없이 그 전말을 보고하도록 한 보고의무도 규정하고 있다(민법 제683조). 그러나 수임인인 감사인이 부담하는 민법상의 의무와 임무는 선관주의의무와 일반적인 보고의무 이외에도 각 관련 특별법에서 보다 고도화된 채 구체화되어 있다. 즉 그와 같은 수임인의 보고의무는 외감법에서는 부정발견시의 보고의무로 나타나 있다고 할 수 있다.

어떻든 회사에 대한 계약적 책임은 계약의 '내용을 구성하는' 위와 같은 민법 및 특별법상의 의무와 임무를 게을리하여 고객회사에 손해가 발생한 경우 책임을 지게 된다(민법 제390조). 그런데 계약적 책임을 구성함에 있어 책임요건은 사실 불법행위책임에 있어서의 책임구성요소와 별반 차이를 나타내지 않는다. 예컨대 과실(주의의무해태), 인과관계 등의 책임구성요소들이 그러한 예에 속한다. 다만 계약적 책임을 구성함에 있어 주의의무의 기준은 불법행위책임에서와 마찬가지로 대단한 중요성을 갖는다.

(2) 불법행위책임을 묻는 경우

피감사회사에 대한 불법행위책임을 구성하기 위하여는 민법 제750조의 해석으로부터 추론되는 주관적 요건으로서 감사인의 고의 또는 과실, 책임능력, 그리고 객관적 요건으로서 위법성, 가해행위로 인한 손해의 발생 등의 요건을 충족시켜야 한다. 그런데 대회사책임을 불법행위책임으로 접근하는 경우 다른 책임구성요건은 크게 문제될 여지가 거의 없고 계약책임에서와 마찬가지로 고의 또는 과실에 의한 일정한 의무위반이 위법성을 구성하기 때문에 매우 중요한 의미를 갖는다. 따라서 주관적 요건으로서의 과실은 어떻게 판단되어야 하며, 그리고 의무위반에 있어 의무의 내용은 무엇인지가 가장 중요한 논의대상이 된다.

민법이론에 의하면 '과실'은 일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 주의를 게을리하여 그것을 알지 못하고 행위를 한 심리상태를 말한다고 하고 평균인에게 요구되는 주의를 기준으로 삼고 있다. 그리고 위법성에 관하여도 피침해이익의 종류와 침해행위의 태양의 상관관계를 기초로 한 결과불법론을 취하고 있다. 따라서 현재 우리나라의 통설은 심리적 상태로서의 과실과 객관적인 위법성을 엄격하게 분리하여 책임구성요건을 설정하고 있는 것이다.

이에 비하여 우리의 판례는 (1) 가해자의 가해행위와 (2) 피해자의 손해발생 그리고 양자간의 인과관계의 존재, (3) 주의의무위반 이 세 가지만 입증되는 경우에는 배상책임을 인정하고 있다. 이는 학설과는 달리 판례가 '과실'과 '위법성'의 두 요건을 엄격하게 분리하지 않고 동시에 판단하고 있다는 것을 보여주는 것이다. 다시 말하면 판례는 '과실'을 심리상태로 파악하지 않고 '주의의무'위반에 포함시켜 파악한다는 의미이다.⁹⁾ 그리고 판례에 나타난 주의의무의 정도는 가해자의 지위, 직업, 기타 상황을 기초로 추상적으로 상정하고, 주의의무의 내용은 결과회피의무로부터 예견가능의무로까지 확대시켜 놓고 있다.¹⁰⁾

결국 우리 법원은 불법행위책임에 있어 주의의무위반이 있는 경우에는 별도로 위법성은 문제삼지 않고 있다는 점에서 확실히 학설과는 다른 입장에 있고 이는 독일법의 입장과 동일한 것이다.¹¹⁾ 따라서 과실을 입증하기 어려운 심리상태로 파악하지 않고 법령상의 또는 그

법령으로부터 일반적으로 추론되는 의무위반이라고 함으로써 규범적 개념을 사용하고 있다고 할 수 있다. 그렇다면 우리의 관례에 따르면 피감사회사에 대한 감사인의 불법행위책임도 앞의 세 가지 요건을 충족시키면 충분하다는 것을 의미한다.

IV. 대회사책임의 법리

1. 책임논의의 전제로서의 감사인의 역할

(1) 감사의 기능과 감사인의 역할

외감법 제1조는 이 법의 목적을 “주식회사로부터 독립된 외부의 감사인(이하 ‘감사인’이라 한다)이 그 주식회사에 대한 회계감사를 실시하여 회계처리의 적정을 기하게 함으로써 이해관계인의 보호와 기업의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다”고 하고 있고, 국제회계사연맹(IFAC)도 감사를 ‘감사인으로 하여금 해당 회계서류에 서술된 모든 내용과 체계가 실제로 확인된 재무정보 체계와 일치하는지 여부에 대하여 의견을 표시하는 것’이라고 정의하고 있다.

그런데 법률이 감사를 규율함에 있어서는 그 이용자들의 기대와 수요를 반영하는 것이 중요하다. 하지만 이용자들의 감사결과에 대한 기대가 실제 감사인의 임무인식이나 국제회계사연맹이 정의하는 법정감사의 의미를 훨씬 뛰어넘어 경영진에 대한 적극적인 통제기능까지도 주문하고 있는 것이 현실이다. 즉 감사의 역할을 단순히 회사의 회계서류상 재무적 수치가 제대로 구성되어 있는지를 확인하는 것을 떠나 법정감사인에게 점점 더 역할과 기능을 확대하여 외부적 지배구조의 기능과 같은 공공적 기능을 기대하고 있는 것이다.¹²⁾ 여기서 공공적 기능의 핵심은 기업경영 투명성에 대한 담보기능을 말한다. 즉 회사의 경영에 대한 통제기능을 더 이상 주주에게만 맡기지 않고, 공인회계사 자격을 갖춘 외부감사인에게 분담시키는 경향을 보여 주고 있다.¹³⁾ 이러한 새로운 경향은 특히 최근의 유럽통합법에서 그 추이를 뚜렷하게 볼 수 있는데, 여기서는 대규모회사나 공개회사에 있어 일반공중에 대한 보호이념을 뚜렷하게 지향하고 외부감사인이 자신의 위탁자인 회사 또는 주주뿐만 아니라, 일반공중에 대해서도 일정한 의무를 부담하여야 한다는 관념을 새롭게 창출하고 있다. 즉 전문적인 외부감시기관으로서의 외부감사인이 회사의 업무 및 회계정보에 대한 보증인의 역할을 수행하게 된 것이다.¹⁴⁾ 미국의 지도적 판결의 하나인 *United States v. Arthur Young & Co.*에서도 연방대법원은 법정감사인(auditor)에 대하여 전통적인 회계전문가의 역할 이외에도 공공적 기능의 역할을 다음과 같이 주문하고 있다: “회사의 재무적 상황을 전체적으로 묘사하는 공공의 보고서에 대한 검증을 통하여 독립적인 감사인은 그의 고객과의 고용계약 관계를 초월하는 공공의 책임을 떠맡고 있다.”¹⁵⁾ 물론 미국법원이 감사인에 대한 역할을 확대하여 요청하고 있다 하더라도 감사인의 책임이 무작정 확대하거나 불합리한 의무를 부과하는 것을 의미하는 것은 아니다.¹⁶⁾

문제는 사회로부터 일반적으로 기대되는 공공적 기능과 실제 현실적으로 수행 가능한 역할 사이에는 갈등이 존재한다는 것이다. 감사의 기능 또는 감사인의 역할과 관련하여 이미 전통적인 관념을 초월하여 새로운 공공적 기능이 부여되어 있다는 것은 감사기능의 현대적 발전의 당위성으로부터도 이해되지만, 실제 그와 같은 새로운 기능부여에 상응하는 만큼 감사인의 권한과 의무 및 책임이 부과되어 있는 것은 아니다.

법정감사인의 지위에 관한 논의를 함에 있어 당연히 회사의 내부기관과는 그 역할과 지위가 다르다는 점을 전제로 하여야 한다. 적어도 기업회계의 투명성이나 지배구조와 관련해서 보자면 회사의 경영자 혹은 회사기관은 내부로부터의 지배구조요소이자 제1차적인 책임자라고 한다면, 감사인은 단순히 외부로부터 회사의 경영투명성에 대한 감시자일 뿐이고 회사내

부에서 벌어진 회계부정 등에 대하여 직접적인 책임을 질 지위에 있지 아니하다. 회사내의 경영자는 회사재무서류의 작성에 있어 그 진실성과 정확성에 관하여 제1차적 책임을 지는데 비해, 법정감사인인 역할은 그 이사들이 넘겨준 재무서류에 대한 적정성 여부를 검토하고 그 결과를 일반 공중 및 주주들에게 공개하도록 임무를 부여받은 자에 불과한 것이다. 감사인은 법률에 의하여 이러한 역할을 부여받고 수행함으로써 회사의 재무사항과 관련하여 이해관계자들을 위한 공공적 기능을 수행하게 되는 것이다.

결론적으로 감사인에게 새로이 맡겨진 공공적 기능의 전제조건은 회사로부터 발생하는 모든 회계서류의 정확성과 정밀성을 담보하는 것이 아니라, 외부적 감시기능이 가질 수밖에 없는 내재적 한계를 지닌 채 공공적 기능을 수행하게 되는 것이다. 따라서 감사인이 외부적 지배구조요소로서의 중요한 기능을 제대로 발휘하기 위해서는 회사기관 등 내부적 지배구조요소들과 효율적인 협력이 이루어져야 한다. 지배구조의 개선을 위해 도입된 감사위원회나 사외이사제도의 정착과 성공은 외부감사인의 협력 없이는 기대하기 어려운 것이며, 또한 외부감사인의 성공적인 외부통제기능은 이들 내부기관의 정상적인 기능작동을 조건으로 한다.¹⁷⁾ 어쨌든 오늘날 일반적으로 인정되는 감사에 관한 규범과 우리법체계로부터 도출되는 감사인의 역할은 회사가 작성한 회계서류의 사실관계 일치성의 검증, 회사의 지불능력 및 계속성 유지에 대한 의견제시, 업무집행기관의 부정행위에 대한 견해표시 및 회사 또는 업무집행기관의 법적 의무준수에 대한 평가 등이라고 할 수 있다.¹⁸⁾ 다만 이러한 다양한 역할 중 피감사회사에 대한 책임과 관련된 것으로서 회계서류의 정확성에 관하여만 논급하기로 한다.

(2) 회계서류의 정확성 검증

회사서류의 사실관계와의 일치여부를 검증하는 것은 감사인의 전통적 역할이자 오늘날에도 여전히 그의 핵심적 과제에 해당한다. 그런데 이러한 감사인의 역할과 관련하여 전제되어야 하는 것은 재무제표 등 회계서류를 준비하고 작성하는 제1차적 임무는 회사 자신(이사회)이고, 회계서류를 진실하고 공정하게 표시할 책임을 지는 자 또한 감사인이 아니라 회사 자신이라는 점이다. 또한 회계서류에 채택된 회계처리방법과 그 내용을 결정하는 것도 역시 감사인이 아니라 회사 자신이라는 것을 분명히 인식할 필요가 있다. 이러한 관점으로부터 출발한다면 감사인은 그 본질상 이들 경영진이나 회사로부터 독립적인 지위에 있어야 하고 바로 그런 점에서 감사인의 역할과 임무가 도출되는 것이다. 즉 회계서류내용에 대하여 제1차적으로 진실성과 공정성을 밝혀내는 것이 감사인의 역할과 임무가 아니라, 그러한 우선적 임무는 회사(이사회 또는 대표이사) 자신이라는 점이다. 바로 그런 점에서 회사내 금전의 횡령사실을 밝혀내지 못한 채 회사가 작성한 회계서류를 오로지 외부감사인에 대해서만 그것을 밝혀냈어야 한다고 주장하거나 그로부터 손해가 연유되었으므로 책임을 져야 한다고 추론하는 것은 감사인에게 부여된 역할과 기능을 왜곡하는 것이다.¹⁹⁾

회계서류가 기본적으로 회사운영과 회계상태를 정확히 '표현'하는 하나의 체계라는 점을 이해한다면, 감사인의 감사업무에 대해서 본질상 정확성의 검증만을 요구하는 것이 아니다. 특히 일련의 기업경영의 의사결정은 대개 불확실성을 내재할 수밖에 없는데, 실제 이러한 불확실한 대상을 회계처리하는 데 사용되는 방법들은 회계전문가들이 보는 견지에서는 그 회계서류 일체가 '정확'하다고 판단하게 하기는 어렵다는 것이다. 따라서 국제회계기준이나 각국의 입법례는 일련의 회계서류가 단순히 '정확한' 것일 수는 없다는 법적 인식을 기초로 하여 재무제표가 중요성의 관점에서 적정하게 '표시'(presented fairly, in all material respects)되어야 한다는 표현으로 갈음하고 있다.²⁰⁾ 결국 회계서류의 진실성 및 공정성의 수준에 대한 감사는 본질상 불가피하게도 감사인의 '판단'의 영역에 맡겨지게 되는 것이

다.21)

회계서류의 진실성과 공정성을 판단함에 있어서 그것이 일정한 회계기준 또는 회계원칙과 부합하는지 여부는 감사인이 기계적 과정이 아닌 창조적인 판단과정을 거쳐야 하지만 양식에 따른 직무수행의 의무범위내의 판단이어야 한다.22)

(3) 감사인의 역할에 있어 권한의 의미

감사를 수행하는 감사인에게는 고도의 전문성과 함께 공공적 기능이 요청됨에 따라 그에 상응하여 감사인의 재무정보에 대한 접근권한도 역시 계속 확대되어온 것이 사실이다. 감사인은 언제든지 피감사회사는 물론 그 관계회사와 계열회사의 회계에 관한 장부와 서류를 열람 또는 등사하거나 회계에 관한 자료의 제출을 요구할 수 있다(외감법 제6조 제1항). 또한 감사의 직무를 수행하기 위하여 필요한 때에는 업무와 재산상태를 조사할 수 있는 권한도 부여되어 있다. 또한 연결재무제표 또는 결합재무제표를 감사하는 감사인은 그 직무수행을 위하여 필요한 경우 당해 피감사회사, 관계회사 및 계열회사의 감사인에 대하여 감사 관련 자료의 제출 등 필요한 협조를 요청할 수 있다. 이에 대하여 그 관계회사 및 계열회사의 감사인은 이에 지체없이 응하여야 한다(동조 제2항). 감사인의 피감사회사 재무정보에 대한 접근권 보장은 감사인의 고유한 역할과 임무상 당연한 권한으로 치부될 수 있다. 왜냐하면 우리법이 연결재무제표와 결합재무제표의 작성과 그 감사의무를 도입하여 시행한 이후, 감사인의 이와 관련된 정보에의 접근권은 당연한 수순이기 때문이다.

그러나 이러한 감사인 권한의 법률상 보장이 곧바로 현실에 있어 실효성을 갖기 위해서는 피감사회사와의 협력적 관계를 조건으로 한다. 회사내부로부터 고의로 회계서류의 왜곡이 주도되었거나 부정행위 등이 은폐되어 있는 경우에는 그러한 조건이 충족되기 어렵다. 따라서 이러한 현실을 반영하듯 일반적으로 통용되는 감사계약서에서도 회계부정이 회사에 의해 주도된 경우 이를 밝혀내지 못한 경우 면책규정을 삽입하는 실무적 관행이 있는데, 이는 곧 감사인책임의 면책을 통하여 감사인의 권한행사가 고객회사의 협력을 조건으로 해서만 가능하다는 것을 의미한다.

이와 관련하여 감사인의 정보접근권에 비하여 업무 및 재산상태에 대한 조사권한은 이제 특별한 의미를 부여하여야 할 만큼 한층 더 진보된 권한으로 평가된다. 물론 종전법상으로도 유사한 관련규정이 없었던 것은 아니지만, 이러한 조사권한은 특히 감사인의 역할과 임무가 확대되고 있다는 점에서 볼 때 특별한 의미를 부여하여야 하며 또한 새롭게 해석되어야 한다. 왜냐하면 우리법이 회사의 업무집행기관 또는 이사의 직무수행관련 부정행위를 적발한 경우 이를 감사나 감사위원회에 보고하도록 하고 있는 새로운 역할과 임무(외감법 제10조 제1항)에 상응하는 것이기도 하다. 특히 경영진의 부정 및 불법행위를 발견한 경우 및 회사의 위협을 인지하였을 경우 그에 대한 경보와 보고를 하도록 한 것은 오히려 '의무'라기보다는 외부감사인에게 부여된 '권한'으로 인식하는 것이 필요하다. 그런데 이러한 권한은 피감사회사의 조력이 있고 협력적 관계에 있는 상태하에서만 그 효과를 달성할 수 있는 것이다.

2. 객관적 책임요건: 의무 또는 임무위반

(1) 감사인의 의무와 그 위반

1) 감사계약에 따른 의무

감사계약의 위임계약성에 따라 당연히 감사인에게선 선관주의의무가 도출된다. 그러나 위임계약에서 의미하는 선관주의의무는 단순히 추상적인 개념에 불과하기 때문에 실제에 있어 그것이 구체적으로 무엇을 의미하는가는 외부의 특별법상의 의무를 기초로 하게 될 수밖에

없다. 즉 선관주의의무의 구체화된 내용은 공인회계사법이나 외감법상 규정된 각종의 의무와 동일하거나 이들 특별법상의 의무가 선관주의의무의 구체적 기준이 된다. 따라서 별도의 다른 의무에 관한 약정이 없는 한 의무위반으로 인한 계약책임을 묻는 경우 그 의무의 내용은 특별법상 법률상의 의무와 같은 것으로 이해하면 된다.

다른 한편 감사인의 책임을 계약책임으로 묻기 위한 요건으로서 회사는 감사인과의 감사계약을 체결함에 있어 특별한 의무를 계약의 내용으로 할 수 있다. 따라서 당사자간 약정한 내용에 따라 계약상의 의무가 도출된다. 일반적으로 공인회계사가 그의 고객 또는 위임자와 합의한 계약상의 의무는 예컨대 기업자문이나 평가 등 비감사서비스가 이에 해당한다. 또한 감사인의 경우도 감사행위에 덧붙여 당연히 피감사회사로부터 특별한 임무나 과제를 부여받을 수 있다. 물론 우리법상으로는 감사기간내 비감사서비스를 수행하는 것은 금지되어 있기 때문에 주로 감사와 관련한 특별한 임무가 그 내용을 이루게 될 것이다. 이 경우에 있어서도 그 계약상의 의무위반은 역시 계약적 책임의 기초가 된다. 이와 같이 계약상의 의무는 위의 법률적 의무와는 달리 정형적이지 않고, 어떠한 내용을 의무로 삼을 것인지는 당사자가 약정하는 바에 따른다. 그리고 그 의무의 위반은 민법 제390조 이하의 계약적 책임을 구성하게 된다.

2) 법률상 의무

외감법은 감사인이 실제로 직무와 관련하여 지켜야 하는 일반적인 의무에 대하여는 규정하지 아니하고, 몇몇 개별적 의무규정만을 두고 있다. 이같이 외감법이 감사인의 개별적인 의무만을 규정하는 이유는 이미 공인회계사법에서 규정하고 있는 의무규정과 중복되는 것을 피하기 위함이다. 특히 감사인은 공인회계사의 자격을 가지고 전문적인 직무를 수행하는 자이므로 당연히 그의 일반적인 직업상의 의무는 공인회계사법에서 규율하는 것이 체계적이다. 공인회계사법은 공인회계사라는 전문직업인의 규율법에 어울리게 그 직업상의 의무를 일반적 의무와 그로부터 도출되는 몇 가지의 의무를 명문으로 규정하고 있다. 공인회계사법은 제4장의 [권리와 의무]편 제15조 제1항에서 가장 기본적이고도 일반적인 직무상의 의무로서 '공정·성실하게 직무를 수행하여야 할 의무(혹은 양심에 따른 직무수행의무)'와 '독립성 유지의무(혹은 불편부당 유지의무)'를 규정하고 있다. 동조 제2항은 품위유지의무를, 동조 제3항은 고의에 의한 진실은폐 및 허위보고 금지의무를 규정한다. 또한 동법 제20조에서는 직무상 지득하게 된 기밀의 제공 또는 전파금지유무를 규정하고 있다. 한편 외감법에서는 공인회계사법상의 일반적인 직업상의 의무가 그대로 적용됨을 전제로 하고 있기 때문에 특별히 감사행위와 관련된 개별적이고 기술적인 직무상의 의무규정만을 두고 있을 뿐이다. 우선 외감법 제10조 제1항은 '부정행위 등의 보고의무'를 두고 있고, 또한 제9조는 공인회계사법에서와 동일한 비밀유지의무를 규정하고 있다.

3) 의무위반과 책임

법률상의 의무는 그 자체로써 공인회계사와 감사인이 직무상 행하여야 할 바를 법률로 규정한 것이다. 따라서 법률적 의무의 위반은 곧바로 계약위반에 해당하거나 불법행위를 구성할 수 있다. 즉 이들 법적 의무의 위반으로 인하여 누구에게든지 손해가 발생한 경우에는 계약책임을 조건을 충족시키거나 또는 불법행위책임을 구성요건을 충족시키게 된다. 계약책임은 특히 위임자 혹은 고객(피감사회사)에 대하여 지는 책임이 될 것이다. 따라서 공인회계사법 및 외감법에서 규정하는 각종의 직업상 의무를 고의 또는 과실에 의해 위반하여 위임자 혹은 피감사회사에 손해를 끼친 경우에는 계약위반에 의한 손해배상책임을 부담하게 된다. 한편 외감법 제17조 제2항은 제3자에 대한 손해배상책임을 규정하면서 감사보고서에의 허위

또는 부실기재로 인한 경우만을 적시하고 있다. 즉 공인회계사법 제15조 제3항의 진실은폐 및 허위보고금지의무를 위반하여 제3자에게 손해를 끼친 경우에 한정하여 제3자에 대한 책임을 규정하고 있는 것이다. 그러나 진실은폐 및 허위보고의무를 위반한 경우가 아니면 제3자책임을 구성할 수 없다는 의미가 결코 아니다. 청구권의 기초로서 외감법 제17조 제2항을 원용하기 위해서 그 의무위반일 것을 요구하는 것일 뿐이다. 따라서 앞에서 언급한 공인회계사의 다른 일반적 의무와 부수적인 의무를 위반하여 제3자에게 손해를 입힌 경우에도 당연히 제3자책임을 구성한다. 다만, 이 때의 제3자책임은 외감법 제17조 제2항의 특별법상의 불법행위책임이 아니라, 민법상의 일반불법행위책임이 구성된다.

(2) 감사인의 임무위반

1) 임무의 개념

외감법 제17조 제1항은 “감사인이 그 임무를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때에는 그 감사인은 회사에 대하여 손해를 배상할 책임이 있다”고 규정한다. 따라서 감사인의 피감사회사에 대한 책임은 감사인이 고의 또는 과실로써 ‘임무’를 위반하였어야 하고, 그러한 ‘임무’위반으로 인하여 배상책임을 주장하는 자에게 손해가 발생하였어야만 한다. 그런데 우리법이 정한 의무라는 개념을 사용하지 않고 임무라고 규정하고 있기 때문에 그에 대한 의미와 임무의 범위를 파악하는 것이 필요하다. 외감법 제17조 제1항에서 규정하는 임무의 의미가 무엇인지에 관하여는 우선 감사행위 그 자체의 임무를 잘 수행하라는 의미이거나 아니면 감사인의 직업상 요구된 종합적인 의무를 의미하는 것으로 해석될 가능성이 있다. 우선 임무의 의미를 파악하여야 그 위반을 확정할 수 있고 대화사책임을 기초지울 수 있다.

이에 관하여는 두 가지 정도로 해석될 가능성이 있다. 첫째, 여기서 말하는 임무를 단순히 당해 감사행위 자체의 의무만을 포함하는 개념으로 해석할 가능성이 있다. 이러한 해석에 따르면 감사와 관련된 다른 활동, 예컨대 감사의견을 표시한 이후 다른 추가적인 의무를 위반하였다 하더라도 그 임무위반에 속하지 않는다고 풀이하게 된다. 둘째, 앞의 해석가능성과는 달리 여기서의 임무를 감사인에게 직업상 일반적으로 요구되는 ‘종합적인 의무’로 풀이하는 것도 가능하다. 이 해석에 의한다면 감사인은 공인회계사법에서 정하는 일반적인 공인회계사의 직업상 의무는 물론이고, 외감법에서 정하고 있는 기타의 부수적인 의무들이 모두 종합적으로 ‘임무’의 개념에 포섭되기 때문에 이러한 의무에 위반하여 피감사회사에 손해가 발생하였다면 배상책임을 지게 된다. 또한 감사행위 그 자체에 요구되는 의무는 물론이고, 감사행위가 종료된 이후 그 제출 및 공시와 관련된 의무의 위반에 대해서도 이 임무의 위반에 해당하게 된다. 따라서 감사보고에 있어서의 오류, 의견표시의무의 위반, 감사보고서의 부당한 지체, 감사의견표시의 부당한 제한 및 거절 등도 임무위반이 된다.²³⁾ 물론 임무의 범위를 좁게 해석하는 앞의 해석가능성에 의하더라도 그것이 공인회계사법 제17조 제1항에서 말하는 공정·성실한 감사직무 수행의무(양심에 따른 감사의무)를 기준으로 삼게 된다면 결과에 있어서는 큰 차이가 없을 것이다. 왜냐하면 ‘양심에 따른 감사의무’는 감사행위를 전후로 관련된 모든 활동을 포괄하는 의무로 파악되기 때문이다. 물론 법률상 감사의 위임을 벗어난 의무에 대해서는 그러하지 아니하다. 결국 감사인과 피감사회사간의 감사계약의 성질상 여기서 말하는 임무를 단순히 ‘의무’로 표현하지 않은 것은 감사를 위임하면서 예견될 수 있는 모든 포괄적인 의무를 다하여 감사직무를 수행하라는 뜻으로 받아들여진다.

2) 입법취지

재무제표 등 결산서류는 표시된 숫자나 문자들의 단순한 산술적 조합이 아니라, 다분히 복

합적이고 상대화된 작업의 산물이라고 할 수 있다. 특히 감사대상회사에게는 재량의 여지가 존재하는 것이 사실이지만 결산 그 자체에는 엄격한 평가기준이 존재한다. 그러나 그러한 결산서류에 대한 감사는 정확한 지식만을 기초로 하는 것이 아니라, 가장 높은 수준의 판단이 더 중요한 요소라고 할 수 있다. 따라서 많은 외국입법례에 따르면 의무감사가 법으로 시행된 이래 감사인의 당해 감사 자체의 행위 및 그 관련행위는 물론이고, 감사와 관련된 그밖의 감사조력자에 대해서도 법률로써 엄격한 요구를 규정하기에 이른 것이다. 그러나 감사의 전체적인 맥락이 단순히 산술적인 작업이 아니라는 사실을 잘 알고 있기 때문에 입법자는 그러한 엄격한 요구를 구체화함에 있어서도 구체적인 의무기준을 제시하지 못한 채 단순히 “성실·공정한 감사(양심에 따른 감사의무)”, “독립성 유지(불편부당한 감사의무)”, 혹은 “품위손상행위 금지” 등의 표현으로 상대화한 것이다. 따라서 입법자도 결산감사와 관련된 모든 문제를 규정하는 것이 불가능하다는 사실을 너무 잘 알고 그런 식으로 개연성을 열어 두고자 한 취지라면 ‘임무’의 의미도 보다 넓고 개연적인 개념으로 파악하는 것이 필요하다.

3. 감사인의 부정행위 발견의무 여부

(1) 우리법의 태도

우리법상 감사인에게 회사내 임직원의 부정행위 등을 발견하거나 탐지하는 의무를 부과하고 있는지에 관하여는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 그러나 외감법은 1996년의 개정법에서 감사인의 공공적 기능에 관한 대표적인 예로서 ‘부정행위 등의 보고의무’를 신설하면서 적극적 부정발견의무가 아니라, 발견한 부정행위를 관련기관에 보고하는 의무는 부과하고 있다. 국제기준을 수용하고 있는 회계감사기준도 “감사인이 감사를 계획하고 실시함에 있어 부정²⁴)이나 오류로 인한 재무정보의 왜곡가능성을 고려하여야 한다”고 하고(동 제13조), 동 기준에 기초하고 있는 회계감사준칙(240)도 ‘부정과 오류에 대한 감사인의 책임’을 자세하게 규정하지만 그러한 법률상 보고의무가 부정행위를 탐지해낼 의무나 책무를 의미하는 것이 아님은 분명하다. 결국 우리의 감사관련법 전체의 체계상으로 보면 우리법의 태도는 감사인에게 회사기관의 부정행위 등을 탐지할 의무를 부과하고 있는 것은 아니라고 해석된다. 다만 외감법 제10조가 감사 또는 감사위원회, 그리고 주주총회에 탐지된 부정행위를 보고할 의무를 부과하고 있다는 점에서 적극적 부정발견의무는 아니더라도 발견된 부정을 묵비하거나 왜곡하여서는 안된다는 소극적 의무를 부과하고 있다고 풀이할 수 있다. 따라서 감사인의 역할 측면에서 판단한다면 부정행위를 탐지하도록 노력하여야 하는 책무 정도 수준의 역할이 부여되었다고 볼 수 있다. 이를 반영하듯 회계감사준칙도 “부정과 오류의 예방 또는 적발에 대한 1차적인 책임은 회사의 내부감사기구와 경영자에게 있다”고 하고 있다.²⁵) 이러한 규정형식과 수준은 이미 국제적으로 승인된 것이라고 보여진다.

(2) 비교법적 검토

외부감사제도는 전통적으로 회사 또는 회사기관의 부정행위를 예방하는 것과 밀접히 관련되어 있다. 1987년 영국에서 실시된 설문조사에서 회계전문가를 포함한 일반인의 75%가 감사인이 모든 형태의 부정행위를 밝혀낼 책임이 있다고 생각하는 것으로 조사된 바 있고, 일반인의 61%는 부정행위를 적극적으로 찾아낼 책무가 존재하는 것으로 믿는 것으로 나타난 바 있다.²⁶) 그러나 오늘날 대부분의 입법례는 감사인에게 부과되는 감사인의 1차적 역할로서 회사 또는 회사기관의 부정행위를 탐지해내거나 예방하는 것을 포함시키지 않고 있다. 다만 현재 우리의 외감법 제10조의 규정에서와 같은 방식으로 EU의 많은 국가들은 법률상 감사대상으로서 사기적 재무서류의 탐지결과에 대하여 명백하게 언급하도록 요구하는 새로운 책무를 부과하고 있는 것은 사실이다. 또한 이들 법제에서는 회계감독기관이 회사기관의

사기 등 기타 부정행위 및 오류와 관련한 법정감사인의 책임에 관한 준칙을 발표한 바 있다. 다만, 이 준칙에서는 경영진과 감사인의 책임을 명확하게 구별하고 있다. 즉 우선 제1차적으로는 회사 혹은 경영진에게 회사내 사기 등 위법행위 및 기타 부정행위를 발견해낼 책임을 부과하고, 감사인에게는 회계상의 내용적 오류(그것이 사기나 그밖의 위법행위 또는 실수에 의해 야기된 것인지 불문하고)를 탐지해내기 위하여 감사직무를 충실히 수행하여야 할 책무를 부과하고 있는 것이다. 또한 EU의 연구보고서에서 조사한 바에 의하면²⁷⁾ 일부 국가의 입법례에서는 감사인이 감사기간동안 부정행위를 의심할 만한 징후를 발견하게 된 경우 그 의심이 해소되거나 사실이 확인될 때까지 조사할 책임이 있음을 권고하도록 하는가 하면, 다른 입법례에서는 감사기간동안 발견된 모든 사기적 부정행위를 그 사기의 효과가 회사의 재무서류의 관계에 있어 중대한 것이 아닐지라도 최고경영자에게 즉시 보고할 것을 권고하기도 한다. 다만, 해당 최고경영진이 그 부정행위에 관련되어 있는 경우에는 감사인은 그 사실을 적절한 다른 기관(예컨대 감사 또는 감사위원회)에 보고하여야 한다. 일부 회원국가에서는 감사인이 법무부장관에게 보고할 것을 요구하고 있기도 하다. 이러한 EU국가의 입법을 반영하여 제정된 통합법 1995년 6월의 EU지침법(Council Directive 95/26/EC)도 제5.1조에서 법정감사인이 감사를 수행하는 과정에서 부정행위 또는 그 우려가 있는 행위를 탐지한 경우에는 즉시 관련기관에 보고하도록 하는 보고의무 규정을 두기에 이르렀다. 이러한 의무부과형식은 우리의 외감법 제10조의 그것과 일치하는 것이다.

(3) 소 결

1) 국제규범과의 정합성으로부터

법률상 부정행위의 탐지의무를 부과하고 있는지 여부는 곧 그 위반에 대하여 감사인의 책임으로 연결된다는 점에서 중요한 의미를 지닌다. 감사인의 역할과 지위로 비추어 보건대 법률상 부정행위의 발견 또는 탐지의무를 부과하는 것은 원천적으로 불가능한 것이기 때문에 모든 입법례가 이를 수용하지 않고 있는 것은 자명하다. 따라서 해석을 통하여 부정발견의무를 도출하고자 하는 시도는 국제적 규범과의 정합성 차원에서도 옳지 않은 것이다. 따라서 존재하지도 않는 의무의 위반을 이유로 그 책임을 묻는 것 역시 비합리적인 것이다. 비교법적으로 보더라도 감사인에게 보다 강화된 의무를 규정하고 있는 일부 국가의 입법례에서 감사인의 이와 관련된 책임에 관해서는 면책규정을 두거나 혹은 법률상 책임을 제한하여 온 것도 이러한 입장을 반영하는 것이다.²⁸⁾ 말하자면 부정행위를 탐지하는 노력, 즉 충실한 직무수행의 임무를 맡기지만, 그 임무의 해태에 대한 책임은 묻지 않는 것이다. 특히 EU의 결산지침법 84/253/EEC는 “감사인이 관련기관에 보고하는 의무를 지는 것은 비밀유지의무 등 어떠한 정보공시의 제한규정에도 위반되는 것이 아니며, 그와 관련하여 회원국의 법률은 어떠한 형태의 책임을 부담시켜서는 안된다”고 규정하고 있다.

한편 이와 유사한 것으로서 감사인에게 회사기관이 법률상의 의무를 준수하는지 여부를 탐지할 의무를 부과하고 있는지에 관하여도 논의된다. 감사인이 회사법 위반이나 기타 회사법과 관련된 법규의 위반행위를 탐지하고자 최대한 노력해야 한다는 것은 오늘날 국제적인 감사기준의 요청이다. 물론 그러한 요청이 곧 감사인에게 회사와 관련된 법적 규율을 모두 파악하고 회사기관이 그 법적 규율이 요구하는 의무를 준수하였는지를 파악하도록 하는 의무를 의미하는 것은 아니다. 회사기관은 스스로 법적 의무를 준수하도록 노력하는 것이 당연하지만, 그 법적 의무의 준수여부 및 불법행위의 신속한 탐지는 우선 내부통제시스템의 작동에 의해 이루어져야 하는 것이다. 이를 바탕으로 감사인에게는 감사보고서에 그러한 내부통제시스템이 존재하고 있다는 것과 그 통제시스템이 그 목적에 알맞게 적절히 조직되고 작

동되고 있는지에 관한 회사의 진술을 충실히 검토하고 확인할 의무가 있다. 따라서 우리법 상으로 감사인에게 그런 의무가 부과되어 있는지에 관하여 명확한 언급을 하고 있지는 않지만 역시 법적 의무로서 요구된다고 보기는 어렵다. 이와 관련하여 회계감사기준적용지침(중전 회계감사준칙)도 감사인 역할의 한계로부터 이러한 요구를 법적 의무나 책임으로 인식하지 않는다(동 적용지침 240).

2) 우리법체계의 통일성으로부터

외감법이 감사인에게 피감사회사의 업무 및 재산상태에 대한 조사권한을 부여한 것은 감사인의 역할 및 임무와 관련하여 공공적 기능을 강화하고 유지하기 위함이다. 즉 피감사회사의 업무 및 재산상태를 조사할 수 있는 권한을 수여함이 없이는 법률상 요청하는 독립적이면서도 효율적인 감사업무를 수행하는 것을 기대하기 어렵기 때문이다. 공공적 기능의 강화를 위한 법정책은 한편으로는 위와 같은 권한의 확대로써 반영되지만 반대로 그에 따른 역할 및 임무도 강화되었다. 즉 외감법상 보고의무가 그러한 예에 해당한다. 감사인은 회사의 업무집행기관 또는 이사의 직무수행과 관련하여 부정행위를 적발한 경우 감사인에게 감사 혹은 감사위원회에 보고하여야 한다.

그런데 이러한 권한과 임무체계의 구조는 감사인의 책임을 논함에 있어 대단히 중요한 의미를 내포하고 있다. 법률이 감사인에게 광범한 조사권한과 재무정보에의 접근권과 같은 법적 권한을 부여하면서 그러한 권한행사에 따라 업무집행기관 혹은 이사의 부정행위를 발견해낸 경우 이를 지체없이 감사나 감사위원회에 보고하도록 새로운 임무를 부여하고 있는 것은 역설적으로 감사인에게는 회사내의 부정행위를 적발하거나 탐지해낼 의무를 부과하고 있지는 않다는 것을 의미하기 때문이다. 말하자면 외감법이 감사인에게 광범한 조사권한과 접근권을 부여함으로써 부정행위를 적발할 수 있는 권한을 강조하고자 한 것일 뿐 부정행위의 적발과 탐지의무를 부과한 것은 아니라는 의미이다. 만일 그렇지 않다면 외감법의 체계상 제9조의 권한규정에 이은 제10조의 의무규정에서는 곧바로 부정행위의 탐지의무를 규정하였어야 할 것이기 때문이다.

물론 그렇다고 하여 현행법체계상 감사인에게 이와 관련한 아무런 책무가 없다는 것은 아닐 것이다. 적어도 감사인에게 부여된 역할로써 회사내에서 저질러진 부정행위를 탐지할 적극적인 노력이 수행되어야 하기 때문이다. 이를 위하여 감사인은 회사기관 등의 부정행위가 중대한 경우 회계서류상 그 결과가 반영되어 있는지를 적극적으로 확인하고자 노력하여야 하며 또한 부정행위가 탐지될 수 있는 모든 여건이 제대로 공개되어 있는지를 확인하여야 한다. 감사인은 재무서류가 진실하고 공정하게 표시되었다는 것을 확신한 경우에만 비로소 적정한 의견을 낼 수 있다.

따라서 감사인이 적정한 감사직무의 수행에도 불구하고 회사내 부정행위를 탐지하지 못한 경우에도 만일 중대한 부정행위를 의심할 만한 사정이 존재하는 경우에는 감사인은 자신의 판단에 의하여 이를 탐지할 절차를 밟을 의무가 존재한다고 보아야 한다.

4. 책임의 주관적 요건: 주의의무위반

(1) 감사인의 주의의무

1) 주의의무의 수준

전술한 바와 같이 피감사회사를 상대로 한 불법행위책임은 민법 제750조 이하의 일반불법행위를 기초로 할 수도 있지만 외감법은 이에 대한 특별규정을 두고 있다. 즉 외감법 제17조는 감사인이 '그 임무'를 게을리하여 회사에 대하여 손해를 발생하게 한 때에는 손해배상 책임을 진다고 하고, 감사인이 그 임무를 게을리하지 않았음을 증명하도록 함으로써 이 책

입규정이 과실책임을 기초로 하고 있음을 분명히 하고 있다. 만일 피감사회사가 계약책임을 묻는 경우라면 감사인에게 민법상 위임계약으로부터 도출되는 선관주의의무 및 보고의무나 혹은 계약내용에 포함된 외감법 및 공인회계사법상의 각종의 의무를 위반한 것으로 책임의 구성요건을 충족시킬 수 있다. 그에 비하여 불법행위책임을 묻기 위해서는 우리법체계가 특별법상 부과하고 있는 감사인의 의무를 과실로써 위반하였음이 입증되어야 한다. 그런데 외감법과 공인회계사법은 회계법인 등 감사인에 대하여는 전문가로서 직무를 수행함에 있어 요구되는 특별한 의무와 주의의무를 부과하고 있다.

전문가책임에 있어 해당 전문가에게 어느 정도의 주의의무를 요구하는가 하는 문제는 그 책임논의를 함에 있어 중요한 요소가 된다. 일반적으로 전문가책임에 있어 그 책임의 기초가 되는 과실을 평가함에 있어 일반 평균인보다는 고도의 주의의무가 부과될 것이라고 기대한다. 물론 이와 같이 '기대되는 고도의 주의의무'의 수준은 실제의 책임구성에 있어 별도로 구분되어 논의될 수 있는지 여부는 의문스럽다. 실제로는 공인회계사 등이 그 직무를 수행함에 있어 직업상 요구되는 주의의무를 부과하는 정도로 이해하면 충분할 것이다. 직무상 요구되는 주의의무는 감사인이 피감사회사와 감사계약을 체결하는 경우이든 혹은 고객회사와 감사계약 이외의 부대적인 자문서비스를 제공하는 경우이든 동일하게 적용된다. 실제에 있어서는 감사계약의 경우보다는 오히려 다른 관련서비스를 제공하는 경우가 이러한 주의의무위반으로 인한 책임추궁을 당하는 경우가 훨씬 많을 것이다. 왜냐하면 감사계약의 경우에는 피감사회사가 이미 분식된 회계를 기초로 하는 경우가 대부분일 것이므로 자신의 위법행위를 기초로 한 상황에서 감사인에게 책임을 묻는 상황을 생각하기는 어렵기 때문이다.

2) 주의의무기준으로서의 회계감사기준

대회사책임의 경우 감사인의 과실을 논함에 있어 주의의무의 구체적인 기준이 중요한 의미를 갖게 된다. 통상 전문가로서의 회계감사인에게는 그 직무수행에 있어 일반적인 평균인에게 부과되는 주의의무보다는 높은 수준일 것을 요구하는 것으로 이해된다. 그러나 그러한 고도의 주의의무수준이 어떠한 것인지 추상적으로 말할 수는 있지만 일반적으로 객관적으로 확정하는 것은 쉽지 않다.

우리의 경우 이에 관한 명확한 판례의 입장이 개진된 바는 없지만 우리법체계상 공인회계사법 및 외감법상의 임무규정과 이를 토대로 한 '감사기준'이 그 표준이 될 수 있을 것으로 본다. 왜냐하면 이 감사기준은 이미 전문가들에게 통상 요구되는 다양한 형태의 행위기준들이 제시되어 있고 또한 이미 국제 표준의 기준이 마련되어 있기 때문이다. 또한 그 감사기준의 원칙에 관하여는 이미 상위법인 외감법 등에서 규율되어 있다. 감사인은 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준에 따라 감사를 실시할 의무를 진다(외감법 제5조 제1항). 그런데 일반적으로 공정·타당하다고 인정되는 회계감사기준이 무엇인지는 감사행위 자체의 다양성과 복잡성으로 인하여 일괄하여 법률로 정하는 것이 어렵다. 따라서 대부분의 입법례는 회계감사기준이 갖추어야 할 가이드라인만을 제시하고, 그 구체적인 기준의 제정은 다른 기관에 위임하는 것이 일반적이다. 우리 회계감사기준은 감사인의 독립성 유지와 재무제표의 신뢰성 유지에 필요한 사항 등을 시행령이 정하는 바에 따라 공인회계사회가 정하되, 금융감독위원회의 사전승인을 얻도록 하고 있다(외감법 제5조 제2항). 따라서 외감법 시행령은 회계감사기준이 갖추어야 할 가이드라인을 몇 가지로 요약하여 제시하고 있다: (1) 감사인의 독립성을 유지하기 위한 요건에 관한 사항, (2) 감사계획의 수립방법과 감사절차에 관한 사항, (3) 감사의견의 구분 및 결정방법에 관한 사항, (4) 감사조서의 작성 등 감사업무의 관리에 관한 사항, (5) 감사결과의 보고기준에 관한 사항 등이 그것이다.

민간기관이 제정한 회계감사기준이 어떠한 법적 성격과 효력을 갖는 것인지에 관하여 명확히 할 필요가 있다. 우선 이와 관련한 외국의 일부 하급심판례에서는 회계감사기준이 사법상의 책임을 지우기 위하여 감사인의 의무의 범위를 정하는 효력을 가지고 있다는 입장을 보이기도 한다.²⁹⁾ 혹은 상법에서 정하고 있지 못한 회계기준을 구체화하기 위한 예시적인 준거의 역할을 한다는 견해도 있다.³⁰⁾ 즉 이들 견해는 감사기준이 결산감사의 감사활동에 관한 기준을 도출하기 위한 역할을 하거나, 법률상의 감사에 관한 의무를 구체화하기 위한 판단기준의 의미를 부여하고 있다. 그러나 외국법원의 판결은 민간기관이 작성한 회계 및 감사기준은 어떠한 경우에도 그 범규범성의 흠결(관습법으로서의 성질도 부인되고 있다)로 인하여 법률규정에 대한 법원의 자유로운 해석에 어떠한 영향도 미칠 수 없다는 점을 분명히 하기도 한다.³¹⁾

결국 우리의 회계감사기준은 원래부터 공인회계사 혹은 회계법인을 구속할 뿐 대외적으로는 법률상의 구속력이 없는 단체내부의 규칙에 불과하지만 감사인의 각종 의무 관련 규정의 해석 및 적용을 위한 판단기준이 될 수 있다는 것을 부정할 필요는 없다. 따라서 감사기준이 곧 법적 의무가 될 수도 없고, 또한 배상책임의 직접적 근거로 원용되기도 어렵지만,³²⁾ 앞서 언급한 감사인의 임무를 파악하는 중요한 판단기준은 될 수 있다. 따라서 회계감사기준의 위반이 곧바로 법적 의무의 위반이나 책임의 근거로 원용되기는 곤란하지만, 앞서 언급한 감사인의 ‘임무’가 무엇인지를 판단하고 해석하는 기준으로는 충분한 것이며, 이를 통하여 임무위반 여부의 판단도 가능하게 될 것이다.

3) 비교법적 검토

비교법적으로 보면 미국의 경우도 우리와 유사하다. 미국에서도 회계사들에게 부과되는 주의의무는 확실히 일반 평균인에게 요구되는 정도가 아니라, 보다 가중된 주의의무를 부과하고 있다. 즉 “공인회계사는 다른 전문직업인과 마찬가지로 주의의무해태와 상당한 인과관계가 있는(proximately caused) 손해에 대하여 책임을 진다. 공인회계사의 주의의무는 그들 전문직업인의 경쟁자들이 유사한 조건에서 행동하였을 것이라고 합리적으로 기대할 수 있는 전문적 식견과 실력을 가지고 직무를 수행할 의무를 진다.”³³⁾ 물론 이와 같은 주의의무의 기준은 기본적으로 다른 전문직업인, 예컨대 의사 및 변호사에 있어서도 동일하게 적용된다.

감사인의 주의의무와 관련하여 프랑스의 법실무가 비교법적 가치를 제공해준다. 왜냐하면 국제적으로 프랑스법이 감사인에 대하여 가장 엄격한 책임법리를 구성하여 왔다고 알려져 왔기 때문이다. 여기서도 감사인의 대회사책임은 과실책임이며 감사인책임의 일반적인 형태이기도 하다. 다만 프랑스법에서도 ‘주의의무위반’에 관하여 아무런 명문의 규정을 두고 있지 않기 때문에 그 개념을 둘러싸고 논란이 있어왔다.

중전 판례의 입장에 따르면 감사인의 책임은 감사인이 주의의무를 위반하여 그의 임무를 수행함으로써 발생한다고 보고 주의의무위반은 회계처리 및 회계감사에 관한 본질적인 규정을 해태하여 감사를 수행하는 것이라고 하여왔다.³⁴⁾ 따라서 중전 판례의 입장은 감사인의 과실과 상대방의 손해 사이에 자연적 인과관계만 존재하면 책임사유로 충분하다는 것이었다. 또한 종래 판례에서 흔히 감사인의 과실로 인정된 경우로는 우선 축소 왜곡된 배당이익을 감사인이 밝혀내지 못하여 주주에 대하여 책임을 진 경우이거나,³⁵⁾ 회사내의 임직원에 의한 금전횡령을 찾아내지 못하여 회사에 대하여 책임을 진 경우³⁶⁾가 주류를 이루어 왔다. 법원은 이 두 가지 경우에 있어 모두 감사인이 좀더 신중하게 주의의무를 다하여 감사를 수행하였다면 그러한 손해가 발생하지 않았을 것이라는 점을 이유로 책임을 인정하여 왔었다.

그러나 이러한 종래의 판례의 태도는 곧 강력한 비판에 부딪치게 되었다. 즉 감사인이 모든 내용을 완벽하게 조사하고 검사하는 것이 애당초부터 불가능한 일이고 어차피 표본조사에 의한 감사에 한정될 수밖에 없기 때문에 재무제표에 근거하고 있는 모든 재무정보 및 관련 사항을 불완전하게 감사하였다는 것만으로는 의무위반이라고 할 수 없으며 따라서 책임의 원인이 될 수 없다는 것이 오늘날 통설의 입장이다.³⁷⁾

이러한 통설의 입장은 판례에 의하여 수용되기에 이르렀다. 즉 종래에는 감사인의 감사 후에 회계서류상 오류가 남아 밝혀지지만 하더라도 감사인의 책임을 인정하는 태도를 취해 왔으나 1987년의 판결³⁸⁾ 이후에는 그러한 입장을 폐기하기에 이른 것이다. 특히 위의 판결에 뒤이은 1989년의 판결은 이러한 태도를 분명하게 확인하고 있다. 이 사건은 감사인이 한 회사의 연말결산의 감사에서 적정의견을 낸 이후 도산하자 당해 피감사회사와 채권은행이 감사인을 상대로 손해배상소송을 제기한 사건인데, 법원은 “결산감사는 결코 결함없는 검사를 의미하거나 수행하는 것이 아니라, 통상 표본검사를 수행하는 것이므로 감사완료된 결산서류에 아직 부정이나 오류가 남아 있을 수 있는 것은 당연한 것이다. 따라서 그러한 점에서 법 제230 L조에서 의미하는 주의의무위반은 존재하지 않는다”라고 판시한 바 있다.³⁹⁾ 결국 프랑스법상으로도 감사인의 임무해태로 인한 책임은 법률상의 의무를 위반한 경우에 한하여 인정된다는 점을 확인하여 주고 있는 것이다.⁴⁰⁾

(2) 감사기준 위반의 책임법적 의미

전문조직에 의하여 제정되어 일반적으로 승인된 감사기준과 그 적용지침(종전 감사준칙)이 감사인의 감사직무 수행을 위한 핵심적인 주의의무의 기준이 된다면 그곳에서 정한 절차 위반이 곧 모두 주의의무위반이 성립되는지가 문제가 된다. 예컨대 예금잔고 실사를 위하여 필요한 금융기관에의 조회절차의 위반이 그러한 예이다. 즉 회사 내의 횡령 등 부정행위가 행해진 경우 감사기준 및 준칙상 조회절차가 적정하게 수행되었다면 밝혀냈을 부정행위를 그러한 절차를 위반함으로써(과실로써) 밝혀내지 못했다는 것이 그것이다.

이와 관련하여서는 다음의 두 가지 문제를 명확히 해둘 필요가 있다. 우선 과실에 이르게 하는 ‘감사기준과 준칙에서 정한 감사절차의 위반’이 무엇을 의미하는가 하는 것이다. 감사기준과 감사준칙이 정하는 감사절차는 수많은 행위기준들과 원칙들로 구성된 방대한 내용이 포함되어 있다. 이들 중 어느 일부 또는 부분절차의 위반이 곧바로 과실로 이어진다고 해석할 필요는 없다. 예컨대 감사기준 및 준칙상 금융기관의 잔고확인을 위한 절차가 감사인의 직접적인 통제아래 수행되어야 한다는 행위기준이 있다고 한다면, 그 조회절차가 직접적인 통제하에 이루어졌다는 전체적인 인상과 표지가 존재하면 충분한 것이고 세부적으로 감사인이 조회서를 발신하고 회수하며 회수용 서류의 발신자 주소를 직접 확인해야 한다는 절차 등 모두를 직접 감사인이 하지 않으면 과실이 성립된다고 단정하여서는 안된다. 왜냐하면 이 모든 부분절차를 완벽하게 수행하였다도 회사내부로부터 조직적이고 정밀하게 주도된 부정 및 왜곡행위를 찾아내지 못할 개연성도 얼마든지 존재하기 때문이다. 만일 이러한 논리를 부정하게 된다면 위의 세부적인 부분절차를 완벽하게 진행하게 되면 부정행위를 밝혀내지 못했더라도 언제나 무과실이 되고, 반대로 부정행위를 밝혀냈더라도 세부적인 부분절차를 제대로 이행하지 않았다면 언제나 과실이 성립할 수 있는 모순이 발생하기 때문이다. 결국 감사준칙과 감사기준의 이행여부는 거기서 정한 절차의 유기적 관련성 하에서 그 위반 여부를 파악해야 한다는 것이다.

또 하나는 감사절차의 위반이 있는 경우에도 회사내부로부터 감사방해행위가 있는 경우에 이를 어떻게 평가할 것인가의 문제이다. 이는 한편으로는 피감사회사측의 공동과실의 문제

로서 논의될 성질의 것이기도 하지만 다른 한편 감사인이 적절한 감사절차를 이행하는 것을 방해한 경우에 해당하기도 한다. 예컨대 감사인이 금융기관의 조회절차를 직접적인 통제 아래 수행하는 것을 고의에 의해 방해받은 경우가 이러한 예에 속한다고 할 수 있다. 우리의 경우 아직 이러한 경우에 관한 판례가 정립되어 있지 않지만, 독일의 판례와 학설은 일치하여 감사인의 과실을 상각해버리거나 손해와의 인과관계를 인정하지 않는다.⁴¹⁾ 즉 감사절차상 감사인이 과실을 저질렀더라도 회사내부의 임직원의 고의에 의한 감사방해행위로부터 유발된 경우라면 그 감사인의 과책을 묻어서는 안된다는 것이다.⁴²⁾ 이와 같은 과실상각의 원칙이 대표적으로 적용되어 온 영역은 특히 감사과정에서 필요한 조회절차와 관련하여 감사인의 조회절차가 회사내부의 임직원에게 의해 방해받은 경우이거나 감사인의 과실이 이미 회사의 대표 등에 의하여 인식되어 알고 있는 경우이다.⁴³⁾

5. 공동과실의 문제

(1) 공동과실의 의미

감사인의 책임이 피감사회사를 대상으로 하는 경우에는 필연적으로 피감사회사의 공동과실 문제가 등장하지 않을 수 없다. 왜냐하면 감사인이 밝혀내지 못한 회계부정이나 회사내 불법행위가 피감사회사의 내부로부터 발생하였고 또한 회사 스스로 밝혀내지 못하였기 때문이다. 따라서 감사인의 제3자에 대한 책임 문제에 있어서는 공동과실의 문제가 논급될 여지가 없는 것과 비교하면 감사인의 對회사책임의 특징이라고도 할 수 있다.

그런데 외부감사의 본질이 회사에서 작성된 회계서류의 적정성을 검토하는 것을 과제로 삼고 있는 것이라면 회사가 작성한 회계서류의 왜곡 등을 피감사회사 스스로 밝혀내지 못한 과실을 문제삼을 수는 없는 것이다. 말하자면 이 문제를 공동과실의 주제로 다룰 수는 없다는 뜻이다. 그러나 감사인이 감사절차를 이행함에 있어 피감사회사로부터 방해를 받았거나 감사절차위반에 이르도록 오도 또는 유인된 것이라면 사정은 달라진다. 최근 발생한 몇몇 사례에서도 이러한 사정과 관련을 맺고 있다. 따라서 이에 관하여 어떠한 평가를 내릴 수 있는가는 외국판례를 검토해봄으로써 해결의 단초를 제공받을 수 있다. 대체로 외국법원의 입장도 공동과실의 문제를 위에서 언급한 영역내에서 다루고 있는 것으로 보여진다.

(2) 외국판례상 공동과실의 책임법적 의미

1) 미국의 판례

우선 對피감사회사 책임에 관한 풍부한 판례를 축적하고 있는 미국의 경우를 살펴보기로 한다. 미국에서도 피감사회사의 감사인에 대한 책임소송은 계약위반을 근거로 하거나 불법행위를 기초로 하는 것은 우리와 크게 다르지 않다. 불법행위는 경과실, 중과실 및 고의에 기초할 것을 요한다. 일반적으로 피감사회사의 감사인에 대한 책임소송은 불법행위에 기한 책임을 묻는 것이 일반적이라고 할 수 있는데, 이는 계약책임을 묻는 경우보다 고액의 손해배상을 요구할 수 있기 때문이다.

피감사회사의 소송이 제기된 경우 그의 청구권에 대하여 감사인은 면책의 기초가 되는 네가지의 항변사유가 존재하게 된다: 첫째, 감사인에게 책임의 기초가 되는 일정한 법적 의무가 존재하지 않거나(법적 의무의 흠결), 둘째, 감사인의 과실이 인정되지 않는 경우(무과실), 셋째, 피감사회사에 공동과실이 존재하는 경우(공동과실)로서 그 전형적인 예로 피감사회사의 내부통제시스템이 작동하지 않았거나, 넷째, 인과관계가 흠결된 경우가 그것이다.⁴⁴⁾

청구권자(피감사회사)의 공동과실은 피고의 책임을 완전히 면책시키는 원인이 되기도 한다. 우리법상의 공동과실은 미국법상 ‘기여과실’(contributory negligence) 또는 ‘비교과

실'(comparative negligence)의 법리로 구분되어 발전하여 왔다. 종래 기여과실은 원고(여기서는 피감사회사)의 과실 비율의 높고 낮음에 관계없이 손해배상소송의 피고를 면책시키는 것을 원칙으로 한다는 점에서⁴⁵⁾ 우리법상으로 보면 위법성 조각사유에 해당한다. 반면 일부 州에서는 비교과실의 이름 아래 우리법과 같이 과실상계의 사유로서 다루어지면서 양 당사자의 과실비율에 따라 손해가 분배되기도 한다.⁴⁶⁾ 말하자면 비교과실은 우리법의 입장에서 보자면 과실상계의 원인으로서는 책임론의 영역에서 다루는 주제라고 할 수 있다. 그러나 기여과실의 개념을 사용하는 많은 州에서도 최근 손해발생의 인과관계 정도에 따라 책임을 분배하는 추세를 보이고 있다. 어쨌든 그동안 미국의 많은 판례는 이러한 공동과실을 적용하는 경우에 감사인의 책임을 매우 제한적으로 인정해온 것은 명백하다.⁴⁷⁾ 과거 1930년대 금융위기와 관련하여 일부 법원이 감사인의 과실이 피감사회사인 저축은행이나 금융감독기관의 과실에 비해 경미함에도 불구하고 원고의 손해 전액에 대하여 감사인의 책임을 인정하는 판결⁴⁸⁾ 이후, 공동과실문제를 엄격하게 적용하는 원칙이 적용되어 왔었다. National-Surety-Doctrine이라고 불리는 이 원칙은 공정하고 성실한 감사를 수행하여야 한다는 감사계약을 이행하기 어렵게 할 정도로 고객의 과실 또는 고의에 의해 감사인의 과실이 초래된 경우에 한하여 공동과실을 원용할 수 있다는 원칙이다.⁴⁹⁾ 그리고 이 원칙은 원래 기여과실을 쉽게 인정하는 경우 항상 감사인이 면책되게 되는 극단적인 경우를 피하기 위해 법원이 고심하여 적용하여 온 이론이라고 할 수 있는데, 오늘날에는 기여과실에 적용된 이 원칙을 앞서 언급한 비교과실을 사용하는 경우에도 적용하고 있다.⁵⁰⁾

결론적으로 우리 법체계의 입장에서 미국법원의 태도를 이해하자면 과실상계를 위해 원용하는 공동과실은 엄격하게 인정되어야 한다는 것이고, 감사인의 감사절차위반이 피감사회사의 과실이나 속임수에 의하여 유발된 경우에 피감사회사의 공동과실을 인정할 수 있다는 의미이다.

2) 독일판례 및 학설

미국의 판례에서와 마찬가지로 독일의 판례 및 법이론은 피감사회사측의 공동과실문제는 엄격한 조건하에서만 이를 책임에 반영하도록 하고 있다. 즉 손해가 어떠한 요소에 의해, 어느 정도로 유발되었는지 여부에 따라 공동과실의 인정여부를 결정하게 된다. 전술한 바와 같이 감사인의 과제가 회계서류의 결함을 확정하고 지적함으로써 회사의 손해를 방지한다는 것을 임무로 하고 있다는 점에서 감사인이 그러한 감사과정에서의 특별한 임무를 과실없이 성실하게 수행하여 회사가 과실로써 밝혀내지 못한 결함을 밝혀냈다면 회사의 공동과실의 문제도 발생할 여지가 없다고 보는 것이 통설적 견해이다.⁵¹⁾

그러나 만일 피감사회사의 임직원이 고의로 손해의 원인을 제공하고 감사인이 과실로 그것을 밝혀내지 못한 경우에는 회사의 공동과실이 인정된다.⁵²⁾ 물론 그렇다고 하여 감사인의 과실이 피감사회사측의 고의로 인하여 소멸되는 것은 아니다. 말하자면 우리법에서와 같이 과실상계의 원인이 된다는 의미이다. 또한 피감사회사와 감사인이 고의로 회계부정을 저지른 경우에도 피감사회사의 공동과실이 인정된다.⁵³⁾ 앞서 미국법상 감사인의 면책사유로 제시된 것과 같이 피감사회사 내부통제시스템의 결함으로 인하여 과실이 발생한 경우에도 감사행위에 의하여 이를 교정할 수 있는 것이 아니기 때문에 역시 피감사회사의 공동과실이 인정된다. 한편 감사인이 회사에 대해 자신의 과실에 대해 책임을 지게 되더라도 회사의 임직원이 회사에 대해 책임질 사유가 있는 경우에는 이들 임직원의 책임이 면책되지도 않는다. 이 경우 오히려 감사인과 당해 회사의 임직원은 경우에 따라서 연대책임을 부담한다.⁵⁴⁾

(3) 소 결

미국 및 독일의 관례에 의하면 고객회사의 공동과실은 공통적으로 과실상계의 원인이 된다는 것이 원칙이지만 미국의 경우에는 아예 감사인의 과실을 소각하는 원인이 되기도 한다. 특히 National-Surety-Doctrine 원칙에 따르면 감사계약상의 감사절차를 적절하게 이행하기 곤란하게 할 정도로 피감사회사의 과실행위나 사해행위로 인하여 감사인의 과실이 초래된 경우에는 감사인이 면책될 정도로 공동과실이 인정되고 있다.

결국 우리법을 해석함에 있어서도 설사 감사인의 감사절차위반이 인정되는 경우에 있어서도 피감사회사의 고의에 의한 감사방해행위가 있었거나 혹은 감사인의 과실이 회사내의 임직원에 의하여 조직적이고 교묘한 방법으로 유인되거나 오도된 경우에는 과실상계를 인정하여야 할 것이다. 이러한 책임법리의 구성을 통하여 회사내의 공모를 통한 부정행위를 전적으로 감사인에게 전가시킬 위험성을 방지할 수 있기 때문이다.

6. 인과관계있는 손해

책임요건으로서의 손해는 감사인의 과실에 기한 작위 또는 부작위로 인하여 피감사회사에 발생된 것이어야 한다. 계약책임을 묻는 경우에는 채무불이행으로 인하여 발생된 손해이고, 불법행위책임을 기초로 하는 경우에는 감사인의 불법행위가 야기시킨 손해를 말한다. 어떠한 청구권기초를 원용하든 채무불이행 또는 불법행위와 손해 사이에는 직접적인 상당한 인과관계가 있어야 한다. 따라서 손해가 감사인의 과실에 기한 행위로부터 통상 평균인의 일반적인 경험칙을 완전히 벗어나 발생하였다면 상당한 인과관계있는 손해발생이라고 할 수 없다.⁵⁵⁾ 통상 그러한 예로는 감사인의 잘못된 감사보고서를 토대로 피감사회사가 주주들에게 배당을 과도하게 실시함으로써 회사에 재산상의 손해를 끼친 경우를 들고 있다. 즉 감사를 제대로 하였다면 실제로 배당되지 않았을 금액이 유출된 것이고, 이를 주주로부터 회수할 수 없는 상황이라면 회사의 손해에 대하여 직접적인 인과관계가 존재하는 경우에 해당한다는 것이다.⁵⁶⁾ 또한 상당인과관계가 존재하는 한 예컨대 감사인이 과실로 감사의견을 의견거절 혹은 부적정의견을 표시함으로써 채권금융기관이 채권을 회수하여 생긴 손해의 경우와 같이 외부의 행위에 의하여 후속적으로 발생한 손해도 역시 책임범위 내에 있는 손해에 해당한다.⁵⁷⁾

그런데 ‘상당한 인과관계있는 손해’를 둘러싸고 감사인과 피감사회사가 쟁송을 벌이는 경우, 현실적으로 문제되는 사안이란 부실한 감사를 하게 된 결과 회계서류상의 왜곡이나 회사내 부정행위를 발견하지 못하여 ‘확대된’ 손해를 배상하라는 것이다. 그렇다면 회사내 임직원의 횡령행위 등과 관련하여 감사인이 적절한 감사절차를 이행하였다면 밝혀냈어야 함에도 불구하고 밝혀내지 못함으로써 발생되었다고 하는 손해는 무엇인가? 물론 일반론으로는 감사인이 적절한 감사절차를 하였다면 발견했을 회사내 부정행위를 발견하지 못함으로써 야기된 손해를 배상하여야 한다는 생각이 그릇된 것은 아닐 것이다. 그리고 이러한 일반론은 감사인에게 부정발견의무가 존재한다는 믿음을 전제로 하고 있는 것이다. 어쨌든 여기서는 부정발견의무의 존재여부와 상관없이 오로지 상당한 인과관계있는 손해에 한정하여 논의를 해보자.

상당한 인과관계있는 손해가 되기 위해서는 두 가지의 가능한 과정이 존재할 수 있다. 첫째는 부실한 감사행위로부터 기인하여 어떠한 이익의 침해행위가 발생되었고 그로 인하여 손해가 발생한 경우이다. 그러나 이러한 경우는 현실적으로 발생할 수 있는 가능성은 매우 적다. 왜냐하면 부실한 감사행위라는 소극적 행위(일종의 부작위)에 의하여 어떠한 이익을 적극적으로 침해할 가능성은 현실적으로 거의 존재하지 않기 때문이다. 따라서 둘째로 어떠한

이익침해행위(예컨대 횡령)가 이미 발생이 된 상태에서 그 이후의 부실한 감사로 인하여 그것을 발견하지 못하였고 그 결과 손해가 확대되었을 가능성의 경우이다.

(1) 상당인과관계있는 손해의 원형

전술한 두 가지 가능성 중에서 상당한 인과관계있는 손해는 첫 번째의 경우가 원칙적인 모습이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 경우는 감사인의 피감사회사책임에 있어서는 거의 존재하기 어렵기 때문에 논의의 여지가 적다고 할 수 있다. 즉 그 경우에 있어 손해가 상당한 인과관계있는 손해가 되기 위해서는 해당 회사내의 부정행위가 부실한 감사절차의 원인에 의한 결과이어야 하지만 이러한 경우는 현실적으로 존재할 수 없다. 따라서 이러한 경우에는 감사행위가 있기 전에 횡령이 종료된 경우에는 감사인의 감사절차상의 과실행위와 손해와의 사이에는 상당한 인과관계가 존재한다고 볼 수 없다고 보는 것이 논리적으로 수미일관한 것이다.

(2) 확대된 손해에 있어 상당한 인과성

회사내 부정행위가 감사인의 감사에 의해 발견되어 손해가 방지되거나 또는 확대되는 것을 막을 수 있는 것이었다면 역시 상당한 인과관계있는 손해에 해당할 가능성이 있다. 그러나 현실에 있어서는 이 문제를 확정하는 것이 그리 쉬운 것이 아니다. 예컨대 회사내의 횡령행위가 수년간 계속된 경우 초기의 횡령행위가 일어난 후 감사인의 감사에 의해 적발되었다면 그 이후의 횡령행위를 막을 수 있었을 것으로 기대되는 손해도 귀책사유있는 손해라고 볼 수 있는가? 이 문제는 민법학에서 말하는 통상손해와 특별손해의 구별 문제에 속한다. 이와 관련하여 민법 제393조 제2항은 “특별한 사정으로 인한 손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 배상의 책임이 있다”고 규정하고 있다. 이 규정의 반대해석에 따르면 “특별한 사정으로 인한 손해는 배상할 필요가 없다”는 것이다. 말하자면 예견가능성이 증명되는 손해만이 상당인과관계있는 손해로 인정된다는 의미일 것이다.⁵⁸⁾ 이러한 명제는 물론 채무불이행책임의 영역에서 논의되는 것으로서 불법행위의 영역에까지 유추할 성질의 것이 아닐 수도 있다. 그러나 불법행위책임의 영역에서도 통설 및 판례가 가해행위와 손해간 상당인과관계의 고리를 적용하고 있는 점에 비추어 보면⁵⁹⁾ 여기서도 특별손해의 법리는 유효한 것이라고 본다. 그렇다면 다시 앞의 예로 돌아가 보면, 우선 중요한 대전제로서 감사인에게 이러한 부정발견임무가 법률상의 의무로 존재하지 않는다는 관점에서 본다면 그 인과성은 아예 존재하지 않는다. 더 나아가 그러한 부정발견의무의 존재여부에 관계없이 이 문제를 바라보더라도 ‘감사절차의 부적절한 이행’이 후속적으로 이루어진 횡령행위에 이르게 했다거나 또는 그로 인하여 손해가 확대되었다는 점에 관한 상당한 인과관계성을 인정하기도 어려운 것이다. 결론적으로 이러한 사안에 있어서는 그 대전제인 부정발견임무를 부정하는 견지에서 보거나 또는 상당인과관계에 있어 필수적인 예측가능성의 견지에서 보더라도 상당인과관계성이 인정되기 어렵다고 볼 수밖에 없다.

(3) 손해의 범위

만일 상당한 인과관계가 존재하는 경우에는 책임충족적 인과관계의 요청에 따라 의무위반에 의한 손해가 발생하였어야 한다. 또한 손해배상은 재산상의 손해를 전보하는 것이어야 한다. 재산상의 손해는 가정적인 차액에 따라 정해진다. 즉 의무침해 이후의 재산상태와 만일 의무침해가 없었다고 가정할 경우의 재산상태를 비교하는 것이다.⁶⁰⁾ 그러나 재산에 대한 단순한 위험만으로는 손해가 발생했다고 볼 수 없다. 따라서 비록 부실한 감사절차가 진행되어 종결되었다는 것만으로는 손해가 발생한 것이 아니다.⁶¹⁾

V. 결 어

감사계약의 당사자인 피감사회사가 감사인을 상대로 책임을 묻는 경우, 특히 피감사회사 내부에서 발생한 임직원의 횡령 등 부정행위를 감사인이 감사과정에서 발견하지 못하였다는 이유로 책임을 추궁하는 사안과 관련하여 몇 가지의 논점이 선결적으로 해결되어야 한다.

우선 첫째, 법리적 측면에서 불법행위책임 및 계약책임의 전제조건으로서 다루어질 감사인의 의무와 관련하여 과연 감사인에게 부정발견의무가 존재하는가 하는 점이다. 계약의 내용으로 부정행위의 탐지 및 적발의무를 부과하지 않는 한, 위임계약으로부터 도출되는 선량한 관리자의 주의의무나 외감법 및 공인회계사법 등 특별법상 규정된 감사인의 의무의 목록으로부터 부정행위의 탐지 및 발견의무는 추론되지 않는다. 그 이유는 애당초 감사인에게 주어질 역할상 부정발견의무를 요구할 수도 없고 또한 법제도상 요구하지도 않기 때문이다. 이러한 입장은 실제 국제적 회계감사기준에 의하여 일반적으로 인정되는 것이기도 하다. 만일 감사인에게 그러한 의무가 부과되어 있지 않다고 보는 경우 그 의무위반을 조건으로 하는 책임의 인정은 어렵다고 볼 것이다.

둘째, 또 다른 법리적 문제로서 위의 부정발견의무의 존재여부와는 관계없이 감사기준 및 감사기준적용지침(중전 회계감사준칙)에서 정하는 감사절차의 불완전한 이행으로 인하여 부정행위를 발견하지 못한 경우에 대한 문제이다. 이와 관련하여 우선 감사인이 위반한 감사절차가 전체적 관점에서 볼 때 단순한 일부의 세부절차에 불과하거나 피감사회사가 주장하는 손해발생과 필연적인 연관성이 없는 감사절차에 해당하는 경우에는 감사절차의 불완전한 이행이 곧바로 손해발생과 상당한 인과관계가 있다고 단정하기 어렵다. 다음으로 회사내부의 조직적인 감사방해행위를 통해 부정행위의 적발을 방해하거나 또는 감사인의 감사절차의 불완전한 이행이 회사의 내부자에 의하여 오도되거나 유인된 경우에는 비록 손해에 이르게 하는 본질적인 감사절차의 불완전한 이행이 있었다라도 감사인의 책임이 조각되거나 과실상계의 문제로 이행한다고 보아야 할 것이다.

다른 한편, 법정책적 견지에서 보면 피감사회사가 감사인을 상대로 무차별적으로 책임을 묻게 되는 경우 마치 결과책임을 무제한 용인하는 것과 같은 효과가 생길 가능성이 있다. 소송에서 패하는 경우 법리구성을 제대로 하지 못했다는 이유로 변호사를 상대로 의뢰인이 무제한 책임을 묻는 것과 다르지 않기 때문이다. 더구나 피감사회사는 내부의 회계관리제도를 작동시키고 제1차적으로 공정 타당한 회계서류를 작성할 책임을 지며, 또한 부정행위에 대한 예방, 통제 및 적발에 대한 책임도 회사 스스로에게 있는 것이다. 따라서 피감사회사가 자신의 책임을 감사인에게 전가시키게 됨으로써 도덕적 해이를 유발할 가능성이 있으므로 이를 법정책적으로 고려할 필요가 있다.

참고문헌

김건식·윤진수, “감사인의 손해배상책임,” 한국공인회계사회, 1998.

이은영, 『채권각론』, 박영사, 1992.

이준섭, 『감사책임법』, 법문사, 2005.

지원림, 『민법강의(제3판)』, 홍문사, 2004.

최상호, “불법행위법에 있어서의 위법성과 과실,” 『안암법학』, 1993.

Allen, J.M., “Damage Apportionment in Accounting Malpractice Actions: The Role of Comparative Fault,” in: Brigham Young University Law Review, Vol.3, 1990.

- Anderson, R.A./Fox, I./Twomey, D.P., Business Law & The Regulatory Environment, Principles & Cases, 12th ed., International Thomson Publishing, 1995.
- Arens, A.A./Loebbecke, J.K., Auditing. An Integrated Approach, 5th ed., New Jersey: Englewood Cliffs, 1991.
- Baumbach, A./Duden, K./Hopt, K.J., Handelsgesetzbuch, 28. Aufl., MÜNCHEN, 1989(약칭: Baumbach/Hopt, HGB).
- Budde, W.D/Hense, B., in: Budde/Clemm/Pankow/Sarx, Beck'scher Bilanz-Kommentar(약칭: Beck BilKomm-Budde/Hense), 2. Aufl., 1990.
- Ebke, W.F., "In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor's Responsibilities," Nw. U. L. Rev. 79, 1984.
- Ebke, W.F., "Abschlussprüfer, Bestätigungsvermerk, und Drittschutz," JZ 1998.
- EU Commission, Green Paper: The Role, the Position, and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union, in: ABl. EG 1996 Nr.C.321/1(약칭: EU-Greenpaper).
- European Confederation of Institutes of Internal Auditing, Position Paper on Internal Auditing in Europe, April 1996.
- Goldwasser, D.L., "The Impact of a Client's own Action," The CPA Journal, Vol.61, 1991.10.
- Hill, J.W./Metzger, M.B./Schatzberg, J.W., "Auditing's Emerging Legal Peril under the National Surety Doctrine: A Program for Research," in: Accounting Horizontals, Vol.7, March 1993.
- Hirte, H., Berufshaftung, MÜNCHEN, 1996.
- Hopt, K.J., "Die Haftung des Wirtschaftsprüfers. Rechtsprobleme zu §323 HGB und zur Prospekt- und Auskunftshaftung," FS f. Pleyer zum 65 Geburtstag, 1986(약칭: Hopt, FS Pleyer).
- Köhner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., Koeln, 1987(약칭: KK-Claussen/Korth).
- MÜNCHENER Kommentar zum Handelsgesetzbuch, MÜNCHEN 2001, Band 4 Drittes Buch, Handelsbuecher §238-342a HGB v. F. Ebke(약칭 MÜNCHENER Komm HGB).
- Opitz, M., Ein Vergleich der Wirtschaftsprüfung in Frankreich und Deutschland, Bergisch Gladbach, 1992.
- Quick, R./Renault, H., "Haftung des französischen Abschlussprüfers," RIW 1993.
- The Korean Journal of Securities Law, Vol. 7, No. 1, 2006

Auditor ◆ Legal Liability for the Auditee Companies

ABSTRACT

We are seeing that incidents of the accounting frauds which came to attentions globally in the recent decade is now moving to the disputes and litigations against auditors who have been involved in the audit of the company who committed the accounting frauds. Korea has experienced many litigation cases, in the course of the restructuring of bad companies who committed accounting frauds, against the auditors raised by the third parties such as KDIC, creditor banks or investors; however, we recently find a new movement that the auditee companies began to seeking a compensations for the losses by raising lawsuits against their auditors for the reason of poor audits.

Under the legal perspectives, auditor's legal liability for the auditee companies requires a very complicated consideration on the legal principles and logics in spite of a simple legal relationship structure of the issue. Establishing such legal principle to apply to the issue also requires careful consideration under the legal policy viewpoints. With respect to the legal logics, lawsuits raised by the auditee companies who have committed the accounting frauds but is seeking for legal liability of the auditors could be established by either of breach of the contracts liability or illegal act liability; both requires to meet the preconditions of auditors' breach of their responsibility or obligations. However, it should be recognized that this legal logic structure may not be constructed unless the responsibility or obligations to detect the accounting fraud or embezzlements within the auditee company was given to the auditors' responsibility or obligations under the auditor-auditee contract relationship.

If the responsibility or obligation discussed above should also be denied. in the legal policy perspectives, there exist possibilities to cause a moral hazards of the auditee companies or their managements by establishing such legal logic structures to force the auditors to bear a legal liability for the auditee companies, who have the primary responsibility for the frauds, simply because of missing of the detection of accounting frauds or other irregularities committed by the auditee company's internal officials and employees. This is because the auditee companies may simply seek a compensations from the auditors after committing a frauds. This could also result in serious consequences since it may discourage motivations of the auditee companies' management to establish a well organized internal controls and management systems. This paper is to establish a comprehensive picture for the legal principles or logics to be considered with respect to the auditors' legal liability for the auditee companies.

Key words : negligent auditing, auditee company, auditor, accounting firm, auditor's legal liability, auditing standards

- 1) 증권거래법 제197조 제1항: “신의의 투자자에 대한 감사인의 손해배상책임은 주식회사의 외부감사에 관한 법률 제17조 제2항 내지 제7항의 규정을 준용한다.”
- 2) 우리 법원이 불법행위책임과 채무불이행책임간의 경합을 청구권경합으로 보기 때문에 양 청구권기초를 동시에 원용하는 것이 특히 실익이 있다.
- 3) 지원립, 『민법강의』, 제3판(홍문사, 2004), 859면.
- 4) H. Hirte, Berufshaftung, 1996, S.57.
- 5) 김건식·윤진수, “감사인의 손해배상책임,” 한국공인회계사회, 1998, p.3.
- 6) 회계감사준칙은 2005년 회계감사기준적용지침으로 명칭변경되었다(그러나 이하에서는 종전의 명칭인 회계감사준칙을 그대로 쓰기로 한다).
- 7) 동 표준적인 외부감사계약서(상장법인 및 일반법인용) 제2조 참조.
- 8) 이은영, 『채권각론』 (박영사, 1992), 424면 이하.
- 9) 최상호, “불법행위법에 있어서의 위법성과 과실,” 『안암법학』, 1993, 397면 이하.
- 10) 대법 1973.10.10 판결, 73다1253.
- 11) 최상호, 전계논문, 404면.
- 12) 그 대표적인 예는 외감법 제10조에서 “감사인이 그 직무를 수행함에 있어서 이사의 직무수행에 관하여 부정행위 또는 법령이나 정관에 위반되는 중요한 사실을 발견한 때에는 이를 감사 또는 감사위원회에 통보하고 주주총회에 보고하여야 할” 의무를 신실한 것에서 잘 나타나 있다.
- 13) M. Opitz, Ein Vergleich der Wirtschaftsprüfung in Frankreich und Deutschland, Bergisch Gladbach, 1992, S.12.
- 14) EU Commission, Green Paper “The Role, the Position, and the Liability of the Statutory Auditor within the European Union,” in: ABl. EG 1996 Nr.C.321/1(이하 EU-Green Paper).
- 15) United States v. Arthur Young & Co., 465 U.S. 805, 817-837(1984), 104 S. Ct. 1495, 1503, 79 L. Ed. 2 d 826, 835-837(1984).
- 16) W.F. Ebke, “In Search of Alternatives: Comparative Reflections on Corporate Governance and the Independent Auditor’s Responsibilities,” Nw. U. L. Rev. 79(1984), 663(674, 680).
- 17) European Confederation of Institutes of Internal Auditing, Position Paper on Internal Auditing in Europe, April 1996.
- 18) EU-Green Paper, 3.7.
- 19) EU-Green Paper, 3.13.
- 20) International Standards on Auditing 700: The Auditor’s Report On Financial Statements, Dec. 2001. the International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB). 27. An unqualified opinion should be expressed when the auditor concludes that the financial statements give a true and fair view (or are presented fairly, in all material respects,) in accordance with the identified financial reporting framework. An unqualified opinion also indicates implicitly that any changes in accounting principles or in the method of their application, and the effects thereof, have been properly determined and disclosed in the financial statements.
- 21) EU-Green Paper, 3.11-3.12.

- 22) Mwit chener Komm HGB, §317, Rdnr.32 ff 및 46 ff.
- 23) F. Ebke, Abschlussprüfer, Bestätigungsvermerk, und Drittschutz, JZ 1998, S. 991, 995; Kletner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1987, Claussen/Korth(이하 KK-Claussen/Korth), §317 Rdnr. 15.
- 24) 회계감사준칙 별표2에서 부정(Fraud)은 “경영자, 종업원 또는 제3자 등의 고의적 행위로 인하여 재무제표가 잘못 표시된 것을 말한다”고 정의하고 있다(동 별표2의 38호).
- 25) 전술한 바(註6)와 같이 회계감사준칙을 회계감사기준적용지침으로 변경하면서 동 규율 내용도 상당부분 수정 변경되었는데, 개정된 동 적용지침의 ‘240. 부정과 오류에 대한 감사인의 책임’편의 ‘2. 내부감시기구와 경영자의 책임’에서는 “제1차적”이라는 표현은 삭제된 바 있다. 이는 우리의 회계감사기준 및 동 적용지침(혹은 종전의 회계감사준칙)의 모태인 국제적 기준들이 일반적으로 감사인의 부정발견의무를 부정하면서 그에 대한 어떠한 책임도 감사인에게 물릴 수 없다는 것을 선언하고 있기 때문에 ‘제1차적’이란 표현이 삭제된 것으로 풀이된다.
- 26) EU-Green Paper, 3.22.
- 27) EU-Green Paper, 3.25.
- 28) EU-Green Paper, 3.27.
- 29) LG Frankfurt a. M., BB 1997, 1682, 1684.
- 30) KK-Claussen/Korth, §317 Rdnr.35.
- 31) LG Stuttgart Urt. vom 8.12.1975-14 O 504/73
- 32) Hopt, FS Pleyer, S.362; W.D. Budde und B. Hense, in: Budde/Clemm/Pankow/Sarx, Beck’scher Bilanz-Kommentar(이하 Beck BilKomm-Budde/Hense), 2. Aufl., 1990, §323 HGB, Rdnr.17.
- 33) Greenstein, Login & Co. v. Burgess Marketing, Inc.(Tex App) 744 SW2d 170(1987).
- 34) Quick/Renault, “Haftung des franzoesischen Abschlusspruefers,” RIW 1993, S.307.
- 35) Recueil Sirey de jurisprudence et de l’égislation, 1905, p.1221(Quick/Renault, aaO. S.307에서 재인용).
- 36) Paris, 27.11. 1974, confirm◆Paris, 1re ch. 6 Januar 1976, Tribunal de Grande Instance(TGI), Bulletin Conseil National des Commissaires aux Comptes, No.21, 1976, p.36(Quick/Renault, aaO.에서 재인용).
- 37) Quick/Renault, aaO., S.307.
- 38) Coffy de Boisdeffre, Marie-Joseph, La responsabilite◆du Commissaire aux comptes: Trois ans de d’écisions judiciaires, Economie et Comptabilite◆ 1988, p.17(Quick/Renault, aaO.에서 재인용).
- 39) Paris, 25.4.1989, Pourvoi en Cassation, FC21, 1990.7, p.3-7(Quick/Renault, aaO.에서 재인용).
- 40) Quick/Renault, aaO.
- 41) Mwit chener Komm HGB, Rdnr.62; Beck BilKomm-Budde/Hense Rdn.122; OLG Karlsruhe WPK-Mitt.1999, S.231, 233.
- 42) 물론 감사인의 과실이 회사내 임직원의 주의의무수준보다 높기 때문에 반드시 완벽하게 고의적인 방해행위에 의해 소멸되는 것은 아니라는 주장도 있다(A. Baumbach/K.

- Duden/K.J. Hopt, Handels-gesetzbuch, 28. Aufl., München 1989, §323 HGB, Rdn.7).
- 43) Mўtchener Kommentar HGB, Rdnr.62; Beck BilKomm-Budde/Hense Rdn.122.
- 44) A.A. Arens/J.K. Loebbecke, Auditing. An Integrated Approach, 5th ed., New Jersey: Englewood Cliffs, 1991, pp.113-115.
- 45) D.L. Goldwasser, "The Impact of a Client's own Action," The CPA Journal, Vol.61, 1991.10, pp.70-71; Wegad v. Howard Street Jewlers. Inc., 326 Md. 409, 605 A. 2d 123.
- 46) "Contributory Negligence as a Defense to an Accounting Malpractice Claim," in: Accountant's Liability Review, January 1992, pp.1-3.
- 47) J.M. Allen, "Damage Apportionment in Accounting Malpractice Actions: The Role of Comparative Fault," in: Brigham Young University Law Review, Vol.3(1990), pp.951-952.
- 48) J.W. Hill/M.B. Metzger/J.W. Schatzberg, "Auditing's Emerging Legal Peril under the National Surety Doctrine: A Program for Research," in: Accounting Horizontals, Vol.7, March 1993, p.17.
- 49) National Surety Corporation v. Lybrand, 256 A. D. 226, 236, 9 N.Y.S. 2d 554, 563(1939).
- 50) Lincoln Grain, Inc. v. Coopers & Lybrand, 216 Neb. 433, 442, 345 N.W. 2d 300, 306-307(1984).
- 51) BGHZ 64, 52, 61=NJW 1975, 975; Mўtchener Komm HGB, Rdnr.63; Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr.121.
- 52) Mўtchener Komm HGB, Rdnr.62; Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr.122.
- 53) Mўtchener Komm HGB, Rdnr.62; Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr.122.
- 54) BGHZ 64, 52, 61= NJW 1975, 974; Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr.123.
- 55) 민법학계에서도 상당인과관계설이 통설적인 입장이며 여기에도 채무자의 주관을 기준으로 하는 주관적 상당인과관계설, 제3자(법관)의 사후심사의 판단을 기준으로 하는 객관적 상당인과관계설, 그리고 평균인이 알았거나 알 수 있었을 사정과 채무자의 관점을 함께 고려하는 절충설이 있으나 절충설이 오늘날의 통설이다(지원림, 앞의 책, 847면 이하).
- 56) BGHZ 124, 27, 31f= NJW 1994, 323.
- 57) Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr. 106.
- 58) 지원림, 앞의 책, 852-853면.
- 59) 대판 2000.9.8, 99다48245 판결 참조.
- 60) BGHZ 124, S.27 ff; NJW 1994, 323; Beck BilKomm-Budde/Hense, Rdnr.105.
- 61) BGHZ 124, 27, 30=NJW 1994, 323.